DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA,

exhibens

DECADEM QUÆSTIONUM,

Quæ in

CASUS PRO AMICO

commendantur,

Ex variis Juris materiis & argumentis collectarum,

& publicè antehac prælectarum

à



CASPARO BITSCHIO, JCTO

& in Argentorat. Universit. Colleg. Jurid. Antecessore

Seniore, & Primario, &c.

Quam in venerationem Nominis, piè defuncti Parentis editam,

DIVINA FAVENTE ET ADJUVANTE GRATIA;

Decreto, Consensu & Auctoritate

MAGNIFICI, NOBILISSIMI ET AMPLISSIMI JURISCONSULTORUM IN HAC UNIVERSITATE ARGENTORATI, ORDINIS,

PRO SVMMIS IN VTROQVE JVRE HONORIBVS, PRIVILEGIIS ET IMMUNITATIBUS DOCTORALIBUS, RITE AC LEGITIME CONSEQVENDIS,

Publico & solenni Eruditorum Examini submittit,

Filius,

JOHANNES MELCHIOR BITSCHIUS,

ARGENTINENSIS.

Ad diem XXXI. Mens. Octobr. Anno M. DC. L.

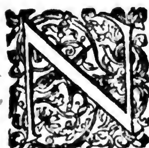
Recusa, Altorffi Noricorum.

Johannes Nicolaus Brückner, Anno M. DCC. XXV.

VIRIS
NOBILITATE, PRUDENTIA, REVERENDA DIGNITATE, AMPLITUDINE, CONSILIIS, EXPERIENTIA, AUCTORITATE, RERUMQUE GERENDARUM DEXTERITATE INSIGNIBUS, LIBERALIS STIPENDII SCHENCKBECHERIANI EPHORIS GRAVISSIMIS,

Dnn. Patronis, Evergetis & Promotoribus meis, omni honoris & observantiæ cultu ætatem suspiciendis, colendis.

S. P.



Ullam Gentem, tàm barbaram, tamq; incultam esse, quin amore Parentum occulto quodam instinctu ducatur, adeoque ab ipsâ naturâ, non vocis ministerio, non literarum usu, sed tacitis viribus, pietatem istam liberorum pectoribus infundi, vel horridi evincunt Scythæ, quibus nihil quàm pro Parentum monumentis pugnasse, sanctius erat. Politioris certè avi gentiuque historia, memoranda eximia hujus virtutis exempla refert; ubi nec imbecillitas sexus, nec ætatis infirmitas, nec præsentis periculi magnitudo, liberos, quò minùs parentibus auxilio essent, absterrere potuerunt. Alius etenim Patrem adversis pugnantem auspiciis, sauciumque graviter, interventu suo servavit. Alius parentem in carcere defunctum, susceptis in se vinculis, ad sepulturam redemit. Muliebrem quoque sexum hoc nomine claruisse, pectorique admotos parentes, inediâ jam in carcere consumendos, infantum in-

 star

ſtar, lactis sui ſubſidio aluiſſe, accepimus: adeò caritatem iſtam liberorum mentibus inſitam eſſe, ut non ſine magno quandoque ſtupore ſe exerat, cernimus; proinde ἀςόργυς *iſtos & ingratos, non hominibus ſed beſtiis annumerandos eſſe cenſeo. Verumenimvero, ut tanta incommoda Parentibus optare, quò ſubvenias iisdem, ſtolidum eſſet, inhumana enim iſta, & perversè grati animi natura eſt contra eum optare, cui honeſtè deeſſe non posſis: ita quibuscunque modis amorem mentemque beneficiorum haud immemorem, cùm ſanctiore etiam lege obſtricti ſimus, parentibus patefacere, officii noſtri eſſe, omninò credendum eſt. Multos eximia filiorum virtus, quos dudum oblivio occupaſſet, tradidit poſteris; aſt ego felicior hiſce.* Parentis *mei, (cujus memoria mihi ſit in laude & veneratione filiali perpetuâ.) magni inter eruditos nominis, lucubrationes in lucem mittere, & quaſi è tenebris, ubi aliquandiu jam latuêre, eruere, dudum decrevi: exiſtimans, nullâ in re magis manes Ipſius venerari me poſſe, amoremque debitum teſtari evidentius, quàm ſi & doctiſſimorum Virorum, quos ipſe quondam Amicos habuit, ego nunc Patronos ſummos experior, deſiderio ſatisfacerem, & Scripta Ipſius, quæ non ſine maximo labore & jacturâ ſanitatis compoſuit, ab iſtis alienorum laborum compilatoribus, quorum egregium exemplum infra memorabitur, vindicarem: præcipuè cùm multorum manibus teri Manuſcripta ejus, me non fugiat, & incuriâ, vel ignorantiâ deſcribentium, plurimis in locis depravata eſſe, facilè ſit conjicere. Ne igitur, vel ſub nomine Illius non ſatis congruè edita, eruditionis, quâ pollebat, laudem hebetarent quodammodò, vel ſub alio publicæ donata luci, ipſe* Vir optimus, *laboribus ſuis defraudaretur, nihilque aut ipſius famæ, aut emolumenti nobis accederet, ipſe quâ decet, motus pietate, evulgare Ejus, quæ reliquit, Scripta conſtitui. Innotuerant hæc, quæ animo agitabam, conſilia,* Magnifico, Amplisſimo, & Conſultisſimo JCtorum Collegio, *qui animare me non modò ſinguli, ſed inſtigare & impellere, gravioribus adductis rationibus, non deſtitère, utpote, qui & Parentis mei piè defuncti memoriam ſervare perpetuam, & me immerentem ſuo complecti favore, certatim annituntur: Sub hæc, peracto mecum Examine, cùm de Diſputationis Inauguralis themate eligendo, debito & conſueto more* Viros *iſtos, nullo non honoris titulo à me nominandos, conſulerem, non aliam, quàm ex Parentis mei Scriptis, materiam, haud ſiniſtro, ut è loquebantur, omine, pro* Cathedrâ *defendendam eſſe, mihi Suaſores*

Aucto-

Auctoresque extitere, *Quapropter initium propositi mei facturus*, Decadem istam Quæstionum, quæ ut Casus pro Amico Interpretibus commendantur, *sub* Vestris *potiusimùm*, Viri *omni eruditionis & officii dignitate maximè conspicui*, *auspiciis*, *in lucem prodire volui.* Vos, *piè defunctum Parentem meum*, Vestro *amore prosequi*, Vestro *favore complecti*, *amicitiam cum ipso constantem*, *sinceram*, *non fucatam*, *colere sustinuistis*, Vestra *quoque in me præclara extant beneficia; in conferendo enim munificentisimo* Schenckbecheriano Stipendio, *maximo sanè*, *& necessario studiorum meorum subsidio*, *votis & suffragiis* Vestris *mihi non defuistis*, *adeoque filium*, *quo quondam Parentem*, *fovere studio*, *non dedignati estis.* *Longum nec sine adulationis suspicione foret*, *singula commemorare beneficia*, *pro quibus omnibus* Vobis *obstrictum esse*, *meque totum & omnia mea debere*, *lubens profiteor*; *quare primitias hasce postumorum laborum Parentis mei*, *amici & Collegæ olim* Vestri, Magnificis & Amplissimis nominibus Vestris, *in grati animi pignus*, *devotâ mente dicare sum ausus*, *ut*, *quemadmodum inviolata manebant ea*, *quæ* Simulacris *inscribebantur Deorum*, *ita institutum hoc meum*, *veneratio magni* Nominis Vestri, *à virulentia Momorum præstaret securum.*

DEUM T. O. M. supplex veneror, ut VV. NN. AA. in Ecclesiæ, Reipublicæ, & Scholæ emolumentum, quàm diutissime sospites & incolumes servare benignus velit. Valete & favete,

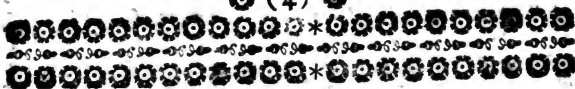
Perscript. Argentorati die 17. *Octobr. Anno* *Christi* 1650,

Vestro

deditißimo

Clienti

JOH. MELCHIORI BITSCHIO.



I. N. S. S. T.

DE.

CASIBUS PRO AMICO IN GENERE, *PROLEGOMENA.*

I.



Um varietatis causâ, quæ *juxta Proverbium*, omnibus in rebus jucunda esse solet, visum fuerit ordinariam & consvetam docendi rationem, quæ in methodicâ tractione certi alicujus subjecti sive materiæ juris consistit, sepo, nere: ejusque loco, ex variis ac quibuslibet Juris nostri argumentis, *Selecta quadam* proponere atque examinare, eaque non vulgaria & trita, sed talia, quæ ab Interpretibus & Pragmaticis, vel *ut* C*asus pro Amico* vel *ut Quæstiones summi Principis decisione indigentes*, vel *aliàs ut egregia, pulchra, singularia, mirabilia, pretiosa memorique mente tenenda* commendantur: Nunc cum bono Deo ab iis, quæ summam videntur habere dubietatem, initium faciemus; eorumque exempla aliquot deinceps examinabimus.

2. Operæ pretium autem est, de ipsa illa appellatione, quâ *casus pro amico* nuncupantur, aliquid præmittere: & unde orta ista traditio sit, ac quàm benè sese habeat, ostendere.

3. Ipsum genus loquendi plerique referunt ad *Jasonem* Maynum Mediolanensem, magni nominis JCtum, Antecessorem primo in Pisanâ, deinde in Ticinensi, denique in Patavinâ Academiâ, qui A. 1519. d. 20. Ap. vivere desiisse scribitur. Et certè frequenter eo

utitur

utitur Jason: veluti *in l. post dotem.* 40. (*aliàs est* 41.) *n.* 105. *ff. solut. matrim.* Iste passus est valdè ambiguus. & esset quæstio in Practicâ pro amico. & *in l. in suis*, 11. *n.* 10. *ff. de libb & posthum.* esset ratio pro amico. & *in l. naturaliter.* 12. §. 1. *n* 17. *ff. de A. vel A. P.* credo, quod iste passus valdè sit ambiguus, & si contingeret in Practicâ, esset quæstio pro Amico. & *in l. qui in aliena.* 6. *num.* 35. *ff. de acq. vel amitt. hered.* esset quæstio pro Amico, si contingeret in facto: & *in l. qui hereditatem.* 19. *n.* 11. *d. t.* esset quæstio pro Amico, si casus contingeret in facto: & *in l. hereditas.* 4 *n* 4. C. *de his quib. ut indign.* si casus contingeret, esset casus pro Amico, & *in l. tunc autem.* 37. (*aliàs est* 38.) *n.* 4. *in fin. ff. de re judic.* certè si ista quæstio eveniret in facto, esset quæstio pro Amico. (Ita quoqne Matthæac. *de via jur. lib.* 2. *cap. ult. num.* 15 Hujusmodi rerum perplexitate, sese excusare conantur ineruditi, nec sibi vitio vertendum putant, si dixerint quæstionem esse *pro Amico*, in quâ id se paratos ostendunt consulere, quod amicus efflagitaverit: quare contraria sæpe eorum responsa contrariis referta sententiis, in lucem prodire solent. Decianus *in Apolog. advers. Alciat. cap.* 19. *n.* 17. Et in dubiis valdè & perplexis Quæstionibus excusatur Judex, si *pro Amico judicat*, ut scribit Innoc. *in cap. ne innitaris* 5. *de* Constitut. Bald. *consil.* 492. *num* 1. *inf. in* 3 & Afflict. *decis.* 384. & *c.* 22. *n.* 15. Quandoque dubia potest esse causa ex varietate opinionum Jurisprudentium clarorum virorum, ideo, si talis occurrerit casus, puto gratificationi locum fore, ut *salvâ conscientiâ possit pro Amico respondere &c.*)

4. Post Jasonem verò sic etiam locutos alios deprehendimus; veluti Udalricum Zasium *in §. quadam actiones mixtam.* 20. *Institut. de Action. num* 11. Johannem Nevizanum *in Sylvâ nuptiali, lib.* 5. *n.* 74. Franciscum Vivium *in commun. opinion. sub. lit.* 1. §. *Judex in judicando*, quod hodiè est *in Sylvâ commun. opinion. lib.* 1. *opin.* 398. *num.* 29. & 30. Catellianum Cottam *in memorabilibus*, *sub verbo, Inimicitia.* Jacobum Menochium *lib.* 2. *præsumpt.* 71. *num.* 37. Jacobum Alemannum *in Palæstrâ consultationum*, *consult.* 8. *p.* 714.

5. Vocant autem *casus pro Amico*, casus dubios atque ambiguos, quorum decisio in arbitrio judicantis sit ita, ut pronunciare possit secundùm quam partem velit, adeoque favere & gratificari Amico.

6. Suntq; duplices: alii facti; alii Juris; & de his quidem in specie, non de illis, hîc nobis præcipuè tractare est propositum.

7. Ho-

7. Horum igitur in specie *Casuum seu Quæstionum pro Amicis* nomine, intelligunt Doctores Quæstiones Juris controversas, de quibus tàm diversæ & contrariæ extant Dd. sententiæ, ut Judex scire nequeat, quænam opinio sit communis, aut communior, atque in judicando sequenda; ac proinde amplecti possit, quam velit: & sic in favorem amici sententiam dicere, cùm peræquè pronunciare posset secundùm alterum, si vellet. (Vbi notandum: quód communis opinio dicatur & absolutè & relatè, quam plures tenent: sive, quæ est communior. Sicut enim minus bonum respectu majoris habet rationem mali: sic etiam minus communis respectu communioris, pro non communi est. Vnde etiamsi *plurimi* aliquam opinionem teneant, tamen ea nec communis, nec in judicando sequenda est, si altera sit communior. Exempl. Gail. *lib. 2. de Pac. Publ. cap.* 13. *n.* 12. etiamsi etiam sit *benignior*, *d. l.* vid. tamen eund. Gail. *l.* 2. *obs.* 114. *n.* 8.)

8. In talibus causis optimum dicunt esse habere Judicem amicum, propitium atque favorabilem, ut videre est apud Nevizanum & Vivium, *dd. locu.* Gailium *lib.* 1. *obs.* 153, *num.* 9. Menoch. *d. l.* 2. *præsumpt.* 71. *n.* 37. & *in remed.* 3. *retin. possess. n.* 762. & *seqq.* & *l.* 2. *de arbitrariis Judicum causis, cas.* 177 *n.* 6. & 7. & *cas.* 339. *num.* 22. & *seqq.* Grevæ *in proœm. practic. conclus. num.* 54. Hilliger. *in D. E. lib.* 3. *cap.* 23. *lit. A.* & *lib.* 24. *cap.* 19. *lit. q.* & *lib.* 26. *cap.* 2. *sub lit. A. p.* 1389. Treutlerum *vol.* 1. *disp.* 1. *th.* 1. *lit. b.* & ibid tum Bachovium *in notis & animadversionibus*, tum Hunnium *in resolutionibus* (Corat. *lib.* 2. *de commun. opin. tit.* 9. *cas.* 32. *num.* 172. qui & ibidem *num.* 173. monet: Rectè agere Advocatos, & Procuratores, qui in suis allegationibus & informationibus reddunt sibi Judicem benevolum, vocando eum doctissimum, acutissimum, celeberrimum, excellentissimum, &c.) Et quod de sententiis Judicum dicitur, idem etiam intelligendum est, de Responsis JCtorum: de quibus etiam in specie loquitur Angelus Matthæacius *lib.* 2. *de via Juris, cap. ult. num.* 15. prout eum refert Hillig. *d. lib.* 3. *cap.* 23.

9. Ortum hæc res habet ex eo, quod sicut in Ecclesiâ posthabito verbo Dei, traditiones humanæ pro divinis oraculis invaluerunt; Ita in foro, neglectâ voce legislatoris, glossæ & opiniones

Dd.

Dd., authoritatem juris & vim Legum obtinuerunt; Imò non vim tantum Legum, sed & contra & supra Leges. Tritum enim est illud Raphaëlis Fulgosii Antecessoris Patavini, (qui floruit circa annum Chr. 1430.) *in l. solutum 6. C. de O. & A. & l. ad officium. 3. C. commun. divid.* ubi postquam retulisset dictum Cyni, quod sicut olim Idola pro Diis, ita Glossatores pro Evangelistis adorentur: subjicit, volo potiùs pro me Glossatorem, quàm textum. Nam si allego textum, dicent Advocati diversæ partis, & etiam Judices: credis tu, quod Gloss. non ita viderit illum textum sicut tu? Cui non multum absimile, quod scribit Zasius *in l. ult. pr. ff. si cert. petat.* Ego credo, si glossa pareret elephantem, omnes Dd. sequerentur. & quod ex Josepho de Rusticis refert Bernh. Grevæus *lib. 2. pract. conclus.* 136. *consid.* 1. *num.* 4. Eâ insaniâ ducimur ac vexamur, ut nisi Jus Civile communi Doctorum applausu recipiatur, omninò, veluti quid profanum negligatur. (Sicut in Papatu dicitur, quod Scriptura non intellecta secundúm sensum Ecclesiæ, non sit scriptura &c. contrà, sicut omne aurum extra templum non est sanctificatum: Ita etiam omnis sensus, qui fuerit extra scripturam, non est sensus. Orig. *in Matth. homil.* 25. Flor. *in verb. Scriptura p.* 1052. Item, quod praxis Ecclesiæ sit optima scripturæ interpres &c. Vnde ut tantò similior esset hæc res traditionibus Dd. in Ecclesiâ, vocantur etiam hi Opinionistæ, *Patres*. Alii ad æquitatem confugiunt potiùs. Malè. Wesenb. *in Oratione de studio Juris rectè instituendo.* (præmissâ Instit.) p. 29.)

10. At cùm naturalis hominum ad dissentiendum sit facilitas, ut dicitur *in l.* 17. §. 6. *ff. de recept. qui arbitr. recep.* (Et Plin. *lib.* 29. *c.* 1. scribit: Medicorum circa ægros miseras esse sententiarum concertationes, nullo idem censente, ne videatur accessio alterius.) dissidentibus inter se Dd. ulterius progrediendum fuit. Nam ut rectissimè ait Vellejus Paterc. *lib. 2. Hist. c. 3. in fin.* Non ibi consistunt exempla, unde cœperunt, sed quamlibet in tenuem recepta tramitem, latissimé evagandi sibi viam faciunt: & ubi semel recto deerratum est, in præceps pervenitur. Itaque visum fuit, numerandas esse sententias, & ex quâ parte plures sint Dd. secundum eam pronunciare judicem & respondere JCtum debere: Id quod vocant Communem vel Communiorem opinionem in judi-

cando & consulendo sequi. (Hinc Knich. *de Vestitur. pact. cap.* 7. *n.* 4. & 113. scribit ; Perinde ut in Hermaphroditis spectamus, utra pars præponderet, & Cujac. qui (ubi autoritatibus agendum, sicut de Platone dictum in proverb. *Unus instar omnium*, unus pro mille sufficit P· Fab. &c.) *lib.* 12. *Obs.* 19. in Judiciis deteriorem sententiam valere præstat ; si numerosior sit, quàm in ponderandis sententiis &c. sicut & Alciat. 4 *parerg.* 17.) Atque hoc adeò necessarium plerisque visum est, ut non minus per imperitiam judicare & litem suam facere dicerent Judicem, qui contra communem opinionem quàm qui contra Legem ipsam judicaret. Jason *in Auth. Novissima n.* 21. *C. de Inoff. testam.* Gail. *lib.* 1. *Obs.* 153. *n.* 5. Cotta *in memoral. verb. Opinio.* & alii alibi passim : Inprimis verò latè hac de re tractant, Nevizanus *d lib.* 5. *fere per totum.* Vivius *d. opin.* 398. *per tot.* Menoch. *lib.* 2. *præsumpt.* 71. *Per totum.* Freherus *lib* 2. *de Fama. c.* 18. *sive ult. per totum.* & qui eam doctrinam solidè refutat, Heinricus Nebelkræ. *lib.* 1. *decis.* 1. *per tot.* vid etiam Hartm. Pistor. *lib.* 2. *part.* 1. *quæst* 15. *n.* 49. & 50.

11. Quamvis autem iterum traditum à plerisque sit, Ejus communis opinionis, quæ evidenter falsa est, quæ lege convinci aut ratione meliori, urgentique ac vehementi convelli possit, rationem in judicando & consulendo habendam non esse ; ut videre est apud Jasonem. *in d. auth. Novissima. n.* 22. Menoch. *d. præsumpt.* 71. *n.* 24 & *lib.* 2. *de arbitrar. caus* 339. *n.* 21. Gail. d. *Obs.* 153. *n.* 6. Nevizanum *d. lib.* 5. *num.* 67. Freh. *d. c.* 18. *num* 54. Cottam. *d. L.* § *ista omnia.* Hartm. Pistor. *vol.* 1. *quæst.* 30. *num.* 24 & 25. & auctores alios, magno numero allegatos ab Osvald. Hilligero, *in d. lib.* 26. *D. E. c.* 2. *sub. lit. A. p* 1397. (Sic Honded. *lib.* 1. *Consil.* 65. *num.* 27. Communem opinionem, ait sequendam esse *in dubio*, & quando non constat, quænam sit verior ; at cùm constat, tùm veriorem sequi oportere. Michael Grassus *in præfatione sive Epistolâ dedicatoriâ sententiarum receptarum* ; Quæ melior ratio in controversis Juris Quæstionibus Imperialem decisionem desiderantibus, in selectione istorum excogitari potuit, quàm ut *plures* numero, nec juri aperto apertè, nec evidenti Juris rationi refragantes, *paucioribus* sint potiores. Similia ferè & cum indignatione adversus Grammaticos singularistas, habet, *in dedicat. libr.* 1. *Commun.*

opin.

opin. Joh. Andr. *in cap.* 1. *de Const.* dicit, in judicando teneri posse *novam opinionem* unius Doctoris, contra communem opinionem, quando est melioribus & validioribus rationibus fundata, quod Judex perspicacis Ingenii facilè perpendet. Zas. *lib.* 1. *conf.* 4. *num.* 14. *&* 15. post Abb. *in c. Capellanus de feriis.* Idem tenuit Claudius *in l. ut vim,* 3. *in fin. de Justit. & Jur.* Qui vult, si evidenter appareat, opinionem Glossæ & communem esse falsam, & doctrinam unius Doctoris esse veram, tunc à Glossa justè recedi posse. Zasius *ibid.*) Alii tamen communis opinionis tantam esse authoritatem volunt, ut vel supra legem veritatemque valeat; ac sequendam eam in judicando esse dicunt, etiamsi contraria sententia sit verior. Vivius *d. opin.* 398. *num.* 5. post Fulgos. *in consil.* 33. Matthæacius *in tract. de Legat. & fideicom. lib.* 4. *c. ult. num.* 16. quod etiam ex aliorum sententia retulit, sed reprehendens, Zasius *lib.* 1. *conf.* 4. *num.* 17. quo facit, quod Alciat. *lib.* 4 *parerg. jur. c.* 17. scribit: Sicut in consiliis publicis non potuit aliud constitui, quàm ut numerentur potiùs, quàm ponderentur sententiæ, etiamsi major pars meliorem vincat: Ita ut in opinionibus Dd. licet possit unius forsan & deterioris existimatio, & multos & majores in aliquâ parte superare, sacrosancta tamen est opinio communis, h. e. quæ receptior est, & in quam plures Authores transierunt. Quod ipsum quoque ex dicto illo Fulgosii supra relato sequitur: Quod scilicet pluris sit pro se habere Glossatorem, quàm textum, nec non ex eo, quod post Alexandr. *in l. si convenerit. sub num.* 12. *ff. de re jud.* scribit Vivius *d. opin.* 398. *n.* 60. Esse hoc quodammodo ponere os in Cœlum, si quis à communi opinione in judicando & consulendo recedat, etiamsi videatur casus legis in contrarium. (Vt adeò scitè dixerit Matthæac. *lib.* 2. *de via juris c. ult. num.* 30. Post Justiniani Imperium, supra mille ab hinc annis, cœpit hæc Jurisprudentium opinio regiam sibi arrogare auctoritatem ac potestatem, & Principum seu LLtorum vires in omnibus exercere. Hæc una Imperatoribus ad majora intentis, & occupatis terrarum orbi consulere, jura legesq; dare & juris responsa, haud secus ac antiquorum oracula consulentibus ferre & præscribere ausa est. Et Contius *lib* 2. *Subsec. lect.* 18. *in pr.* Pragmatici & forenses homines *putidissimos* quosque Juris Interpretes diligentiùs & frequentiùs legunt, quàm

JCtorum aut Impp. authoritates & leges. Quomodo ergò se convinci patientur. Vnde post Baronium scribit Nevizan. *lib. 5. n. 67. vers. casus autem legis.* Si vel maximè ipse casus legis adsit, tamen mirabile est videre hominem eminentis scientiæ, qui sine revolutione librorum respondeat de casu Legis.)

12. Quod si igitur in veritatem communis opinionis inquirere, eamque examinare non licet; sed simpliciter secundùm ipsam, non de ipsâ judicandum est; Quomodo de LL. latis loquitur Augustinus, ut est relatum in Jure Canonico. *c. in istis. 3. distinct. 4.* quomodò erroris convinci poterit? aut si maximè convincatur, quomodò eam convinci aut convictam esse, aliis persuadebimus? maximè iis, qui nec rationem audiunt, nec lucem admittunt, sed simpliciter & absolutè communes opiniones, ob id ipsum, quod sunt communes, sine delectu, ut inquit Zasius *d. Consil. 4. num. 16.* & clausis oculis, *ut inquit Alber. Gentil. in tract. de Nupt. lib. 4. cap. 4. in fin.* amplectuntur. Qui omnes à communi opinione dissentientes, quantumlibet ipsa rei veritate subnixos, ob id ipsum solùm, quòd à communi opinione dissentiunt, furere, insanire, errare dicunt; ut idem Zasius in comment. *ad l. 2. §. post hunc maxime autoritatis. verb. cæteris operibus sapientia ff. de O. I.* (Cùm & aliâs, quando rationibus & argumentis agitur, pro demonstratione aliquis habet id, quod alteri nec ἔνδοξον sit probatio, ut hæc de re tractans, monet Dn. Bachov. *in not. & animadvers. ad Treutl. lib. 1. Disp. 1. th. 1. lit. B. ad verb.* vel *per argumenta.*) (Vt non inepte de his illud Galeni *lib. 8. de comp. med. c. 1.* dici possit: Præconceptæ opiniones surdos & cœcos faciunt. Necesse tamen est, ut lancem in libra ponderibus impositis deprimi: sic animum perspicuis cedere. Cic 4. *Acad. Quæst. col. 28.* (Hinc pondera argumentorum dicuntur.) Idiotarum enim est, ut facilè convinci, ita difficilè compesci. Sidon.)

13. Cæterùm, cùm quælibet sententia suos habere soleat assertores & propugnatores, fit sæpenumerò, ut ex duabus planè contrariis opinionibus, utraque sit & dicatur communis. (Imo in dissensu utraque communis opinio vim suam perdit: Quia sese mutuò elidunt, cùm duæ virtutes paris potestatis concurrant, ut est apud Pacian. *de Probation.* Sic Vasq. *lib. 3. Controvers. 61. n. 9.*

n. 9. § *contrariam. in fin.* ut ineptire videatur mihi, qui hac in re alicujus momenti esse existimat scribentium Authoritates, quia adversis congressibus se impediunt. *l. ubi pugnantia.* 188. *ff. de R. J.*) quomodo Hieronym. de Cævallos libros aliquot congessit communium opinionum contra communes, nec certò sciri possit, utra sit communior & receptior; adeoque verè & absolutè communis: aliis hanc, aliis aliam, communem, communiorem vel communissimam dicentibus: tùm regulas quasdam tradunt Doctores, quomodo vel communis opinio æstimanda, vel quænam illarum alteri in judicando respondendoque præferenda sit. Ut videre est apud Anton. Mariam Coratium, *in tract. commun. opin. lib.* 1. *tit.* 4. *per tot.* Freher. *in d. c. ult. n.* 32. Nevizan. *d. l.* 5. *Sylva Nupt. n.* 74. & *seqq.* Alciatum *d. lib.* 4. *parerg. c.* 17. Menoch. *d. præsumpt.* 71. *per tot.* Quæ si non satisfaciant, aut in quæstione proposita applicari possint, ut sunt ipsæ quoque incertæ & controversæ, atque etiam particulares: tùm propter conflictum istum opinionum, summamque incertitudinem & ambiguitatem, *in arbitrio judicis esse ajunt, utram velit opinionem sequi & pro quo litigantium judicare*: adeoque si alterutri parti sit amicus & faveat, secundùm eum pronunciare posse ac pronunciaturum esse: (Sicut aliàs etiam ubi duo pares sunt immeritò, & ad præmium, locus putatur esse gratificationi. Bald. *ad Constit. Omnem.* §. *itaque num.* 13.) Ac proinde tales quæstiones dubias, seu casus ambiguos, *Casus pro amico vel amicis*, (quidam potius *contra amicum* pronunciarent, esset que *casus contra amicum.* Est enim nonnunquam pravis hic ambitus: adversus amicos aut pro his, quibus cum simultates gerant, pronunciandi, faciendique, ne injustè fecisse videantur. Quintilian. *lib.* 4. *c.* 1. *p.* 204. atque ita injuste agunt, ne videantur injustè agere.) nuncuparunt. Neviz. *d. lib.* 5. *n.* 74. Menoch. *d. præsumpt.* 71. *n.* 37. Vivius *d. opin* 398. *n.* 29 & 30. & alii supra allegati: Ut non minùs verè quam acerbè dixisse videatur Anton. Faber. *in tractat. de error. Interpret. & pragmat. dec.* 37. *error.* 7. *in fin.* Imperitiam Interpretum eò usque progressam esse, ut omnia de quibus dubitant, quantùmlibet certa sint, & ex juris ratione indubitata, faciant arbitraria, non arbitraria verò illa sola, in quibus errant.

14. Nec ad rem facit, quod Nevizan. sub d. n. 74. post

Baldum & Socin, dicunt, id intelligendum esse cum grano salis, de Judice non claudicante, nec dicente, Tu mihi sola places. Nam aut, quod priùs dixerant, evertunt, quod tamen evertisse nolunt, aut nihil dicunt. Non enim explicant & nec possunt explicare, quis sit Judex non claudicans, aut quis alterutram ex opinionibus ejusmodi contrariis eligens, ac secundum eam pro amico judicans, non dicat, Tu mihi sola places.

15. Ad normam Juris hæc traditio Dd. quâ Glossa & opinio communis, tandemque arbitrium & favor Judicis, pro Jure & Judicandi regulâ, obtruditur, si revocetur, falsissima esse deprehenditur. Statim in ipsis Institutionibus Juris, *tit. de offic. Jud. in pr.* proditum est: Judicem inprimis illud observare debere, Ne aliter judicet, quàm legibus aut Constitutionibus, aut moribus proditum est, & in *Novell.* 82. *c.* 13. edicit Justin. omnem judicem custodire leges & secundùm eas proferre sententiam debere; usque adeò, ut etiamsi ipse Imperator in medio litis, rescriptum aliquod contrarium, aut pragmaticam sanctionem emiserit, non tamen his, sed LL. pareat; omninò enim se velle, ut obtineat id, quod Leges ejus volunt, & in *l.* 13. *C. de sent. & Interloc. omn. jud.* constituit disertè, Non exemplis, sed Legibus esse judicandum: & in *l.* 14. *pr. C. de Judic.* Jurare voluit Judices, omnimodò sese cum veritate & Legum observatione judicium esse dispositurus. Sed & notum illud est, Facti quidem quæstionem in arbitrio judicantis esse, Juris autem auctoritatem in ejus arbitrio non esse, *l.* 15. *in fin. pr. ff. ad Municipal. l.* 1. §. 4. *ff. ad senat. Turpill,* Cum quibus etiam probè consentit *Ord. Camer. Imperial. part.* 1. *tit.* 13 *in pr. &* §. 1 Cujus loci summam hoc aphorismo complexus est Petrus Denaisius *in Jure Cameral, tit.* 16 *Assessorum munus* Non ex proprio nudoque arbitrio, sive conscientiâ, sed Legibus Constitutionibusque publicis & probatis consvetudinibus jus dicunto: idque æqualiter inter omnes, sine adfectu (ohn einige sondere Affection. quibus verbis manifestè excluditur favor erga amicum,) vel sordibus dispertiuntor.

16. Non minus etiam ab ipsa Naturali ratione aberrat hæc Dd. traditio Nam, præclarè inquit Cicero *in lib.* 2. *de Offic.* Jus, nisi sit æquabile, non est Jus: & ob hanc ipsam æquabilitatem conservandam, Leges sunt inventæ, quæ cum omnibus semper unâ atque eâdem voce loquerentur. (Hæc etiam causa fuit, cur Prætorum Edicta pro-

pon

poni cœperint. De quo sic Dio, *lib* 36. *pag.* 20. Prætores omnes ea jura, secundùm quæ Ius ipsi dicturi essent, albo inscripta proponebant. Nec enim jura & LL. omnes ad Contractus pertinentes, exprimebant: nec uno id eodemque tempore faciebant, nec abs se scripta servabant: sed albi scripturam mutabant sæpiùs, & in hac re *multa, ceu facilè creditu*, ad gratiam vel odium quorundam fiebant. Igitur rogationem tulit, ut & statim in principio Prætores prædicerent, quo jure essent usuri, & deinde nequaquam ab eo deflecterent.) At si ad communes opiniones remittamus Judicem; si eidem permittamus affectioni indulgere, & secundùm amicum ob nullam aliam causam, quàm quia amicus, sententiam dicere, æquabilitas erit nulla. Nam & ipsæ communes opiniones quasi quotidiè variant, ut mox communis opinio fiat, quæ ante non fuit, aut communis esse desinat, quæ fuit communis; In dubiis autem istis Quæstionibus, ubi, quæ reverà communis sit, nescitur, quos *casus pro amico* dicunt; Judex mox in affirmantem, mox in negantem partem inclinabit, prout hanc aut illam pro amico esse videbit. Id quod etiam locus citatus Ordinat. Cam. Imperial. insinuat; Quod sc. & æquabile Jus esse oporteat adversus omnes: & æquabilitati illi tuendæ nihil magis, quàm affectus erga hunc aut illum litigantem obstet. Hoc scriptionis genere (si quæstio *dubia* dicatur) nihil est perniciosius; cum ista ratione captent occasionem, & eò audaciæ progrediantur, ut Jus ad factum inflectant, ac depravent, & de jure jam affirmativè, jam negativè respondeant, ut fecit ipse Menoch. Cothmann. *consil.* 53. *num.* 168.

17. Deinde absurdum est, in privati cujusquam potestate esse, jura condere & abrogare pro lubitu. Atqui, si eam vim & authoritatem tribuimus Glossis & opinionibus. Dd. quam diximus, imò unicuique horum, & vel maximè ignavissimo atque inertissimo. (Pone enim inter duas contrarias sententias, Primam uno auctore receptiorem esse, accedat ad alteram ignavissimus & stupidissimus aliquis, jam casum pro amico facit: accedat rursus alius, qui itidem tantum numerum, non pondus addat, (ut Thersites) jam contraria sententia Jus erit:) simul potestatem illis largimur jura condendi & abrogandi. Statim enim ex Fulgosii Sententiâ, Glossa, aut Interpretis alicujus celebrioris opinio valebit contra ac supra Legem; & sic Ius vetus abrogabit, novumque constituet. Aut certè, si non contra, sed præter legem

gem sit, saltem Ius faciet, quod ante non fuit. Quomodo dicunt in casu, qui nullâ certâ lege definitus sit, etiam unius Doctoris decisionem in terminis, quamvis sine Lege loquatur, si contradictorem non habeat, pro Lege allegari posse, & in judicando sequendam esse. Ut videre est apud Grevæum, multis authoritatibus id probantem *in proœm. pract. conclus. n.* 116. *& seqq.* vid. Hilliger. *lib.* 26. *c.* 2. *lit. A. p.* 1399. Rursus existat aliquis, qui ei decisioni contradicat, jam ex necessario probabile, ex certo controversum, adeoque ex Jure non Jus fecerit. Sequatur hunc alter aut tertius, jam contrarium Jus condiderint. Idemque etiam est, ubi in communem opinionem res invaluit, Sive enim unius, sive duorum, trium aut quatuor Dd. ad priorem numerum accessio, & excessus, pro diverso auctorum dissentientium numero, ut putat Coratius *l.* 1. *de Commun. opinion. tit.* 4. *inspect.* 1. Opinionem eam, quæ antea communis non fuit, communem, adeoque Ius esse facit; Quid aliud quam ædilitatem gerunt, sine populi suffragio, ut est in Proverbio, h. e. LL. condendarum abrogandarumque potestate utuntur, quæ ipsis concessa mandataque non est? (Et quid esset facilius, quàm volenti rem aliquam contra Ius & fas obtinere, maximè Principi, conducere aliquos, qui tractatum aliquem in lucem emittentes, sententiam eam, quam ipse velit, asseverarent, adeoque communem facerent? Id in suppositione *l. Titia, cum testamento* 34. §. *L. Titius.* 1. *de Legat.* 2. factum esse putat Alciatus *lib.* 6. *parerg. c.* 9. Sic Thess. *decis.* 190. *n.* 4. Albertum Galeottum ait, dixisse, *illo tempore*, aliud esse tenendum: cum olim contrarium consuluisset: *& iterum decis.* 134. *num.* 15. post Joseph. Ludov. *decis.* 52. *num.* 13. scribit: Consulentes sæpenumerò, præmii aviditate, verioribus aliquando opinionibus omissis, falsas opiniones ex illorum numero communes efficiunt.)

18. Tùm Jus, quoad ejus fieri potest, certum atque finitum esse oportet: at hæc Dd. traditio, quæ simpliciter numerari suffragia jubet, & ex majore minoreve numero veritatem justitiamque æstimare, jus omninò incertum infinitumque reddit. Est enim utique sæpè laboriosissimum & difficillimum, quandoque etiam impossibile, scire, quænam ex diversis contrariisque opinionibus, plures habeat assertores, & pro communi atque receptiore habenda sit. Unde sæpè maxima librorum atque auctorum innumerorum revolutione opus esse

di-

dicunt, ut sciatur, quænam sit communis aut communior opinio. Clarus *in recept. Sentent. in* §. *Donatio. quæst.* 6. *n.* 7. & post eum Thadeus Piso *lib.* 4. *variar. resolut. cap.* 4. *n.* 6. Corat. *d. tit* 4. *n.* 9. & 12. Freher. *d. lib.* 2. *de fama c.* 18. *n.* 49 & 50. (Sic Octavius Cacheranus Ozasius, *consil.* 35. negativa est crebrior, quia pro eâ numerantur 36. & pro affirm. tantùm 25. authoritates.) Et licet facilè inveniantur, qui dicant, hanc aut illam opinionem esse communem; maximè inter tot compilatores communionum opinionum, sive receptarum sententiarum, qui hodiè extant; tamen iis tutò fidere non possumus; cùm non tantùm ea res ex illorum numero sit, quæ non sub sensum aliquem corporis cadunt, sed ratione & judicio percipienda sunt; ideoque hanc aut illam opinionem communem esse, attestanti, non credendú sit; non magis, quàm attestanti, hanc vel illam esse consuetudinem: sed talis assertio legitima probanda sit, ut quamplurimis authoritatibus confirmat Cothmannus, *vol.* 1. *resp.* 13. *num.* 69. sed etiam accidat sæpissimè, ut nobis sententiam aliquam pro veriore & crebriore opinione illi exponant & obtrudant, quæ tamen auctoribus istis, quos in ejus rei comprobationem citant, vel in mentem nunquam venerit, vel ab iis omninò improbata sit: ut testatur idem Cothmann. *d. resp.* 13. *n.* 47. & 54. Quomodo & Cujac. *consultat.* 23. asseverat, vix unquam accidisse, quin quæ illi (Advocati fori) scriptis Dd. prodita affirmabant, ipse in medium prolatis eorum libris, præsentibus convicerit, aut non esse, aut aliter esse prodita. Et de Michaelis Grassi quadam allegatione Communis Opinionis, inquit Joh Fichardus, *vol.* 1. *consil.* 15. *n.* 13. tàm inaniter & falsò allegat, ut dejerare persanctè ausim, eum nullum istorum locorum, quos adducit, inspexisse. (Et Thesaur. *decis.* 96. *n.* 4. nostrorum temporum deplorandam miseriam considerabis, & *quam parum credendum sit illis Dd.* qui audacter contrariam sententiam magis communem dixerunt.) Fit autem etiam nimis quàm frequenter, ut quæ olim, vel paulò ante fuit communis opinio, hodiè non sit; & quæ hodie est, paulò pòst desinat esse: Unde non rarò legimus, hanc vel illam opinionem *olim* fuisse communem, vel tempore hujus aut illius, fuisse communem; ast hodie contrariam sententiam esse communem. Clar. *in* §. *testamentum quæst.* 77. *num.* 2 *vers.* *Contrariam* & *quæst.* 46 *princ.* Colerus *de Process. exec. c.* 1. *part.* 3. *num.* 36. Grassus *in recept. sent.* §. *Codicillus. num.* 24. *vers.* *Contrariam.* Budelius *de re nummar. lib.* 2. *c.* 24.

C *num.*

num. 16. Corat. *in præfat. tractat. commun. opin. num.* 36. *& seq.* Freher. *d. lib.* 2 *de Fama. c. ult. num.* 36. *& seq.* Grevæus *in proœm. practic. conclus. num.* 55. *& lib.* 2. *conclus.* 136. *consider.* 1 *num.* 45. Unde inter alia quæritur apud Dd. quid faciendum Judici sit, si fortè tempore litis contestatæ affirmativa opinio fuerit communis: at sententiæ sive rei judicatæ tempore, contraria opinio communis inveniatur, quæ tum in judicando sequenda sit? Corat. *d. tract. lib.* 2. *t.* 9. *casu* 31. Freher. *d. c. ult. num.* 38. (Atqui si semel aliqua opinio est communis, contra eam non potest alia communis invalescere: quia sententia contra communem opinionem lata, est ipso jure nulla: At quæ postea in contrarium fiunt, sunt sententiæ & decisiones contra communem opinionem latæ. E.)

19. Plura argumenta adversus Communium opinionum auctoritatem necessariam, quam Dd. ei attribuunt, qui desiderat, videre potest Zasium, *in Comm. ad l.* 2. §. *post hunc maxima authoritatis, verb. innovare instituit. ff. de O. l. & lib.* 2. *singular. respons. c.* 1. *& vol.* 1, *consil.* 4 *n.* 16. *& seqq.* præcipuè verò Dd. Henric. Nebelkræ. *lib.* 2. *decis.* 1. *per tot.* (Quibus adhuc addatur illud, parum, aut nihil ad defensionem istius traditionis facere comparationem eam, quæ à majore numero suffragiorum in consiliis publicis desumitur, ut supra ex Alciat. *l.* 4 *parerg. c.* 17. allegavimus. Quod si enim opinionem aliquam, majore opinantium numero subnixam, sententiæ & rei judicatæ comparant, fieri non potest, non debet certè, ut ab eo jure, quasi adhuc in fieri esset, & nondum in esse pervenisset, dissentire cuivis, contrariumque jus gignere liceret, sed quæ contra fiunt aut statuuntur, pro injustis habenda essent. Quod si vero id nondum pro Sententia & re judicatâ, sed tantùm pro votis atque suffragiis habent, ad quæ sententia aliquando sequi debeat, nondum etiam dici potest, quod sit communis opinio, sive recepta sententia: sed exspectandum est, donec reliqui quoque, qui deinceps sententiam dicturi sunt, fuerint auditi. Et definiendum etiam esset, quot & quousque aliorum sententiæ essent exspectandæ: Quando Opinio communis pro nata & constituta habenda esset. Unde apparet, rem totam esse perplexam & quasi inexplicabilem.)

20. Ubi tamen semper observandum est, loqui nos hîc tantùm de Opinionibus Dd. h. e. de Jure inter Dd. controverso, quod ex so-

lo majore opinantium sive assentientium numero, pro recepta sententia, adeoque pro jure obtruditur: non autem de consentiente receptâque Interpretatione Jurisprudentium; quæ certa pars Juris non scripti est; & proprio vocabulo Jus Civile appellatur. *l.* 2. §. 5. 12 39. & 41. *ff de O. l.* & Jus consensu receptum, *in pr.* 1, *de acquisit. per arrogat.* quod Theophilus ibidem interpretatur, νομοθεσίαν πολιτικὴν, & ἄγραφον συναίνεσιν τῶν σοφῶν: hoc est, Jus Civile & consensu Jurisprudentium non scriptum, sive Jus, quod sine scripto ex approbatione prudentum receptum est, quomodo etiam in *tit.* 1. *de Off. Iud. in pr.* vocabulum, *moribus*, interpretatur, τῇ τῶν σοφῶν νομοθεσίᾳ, h. e. eo Jure, quod à sapientibus receptum est: speciem ponens pro genere. (Vide hûc locum elegantem Quintil. *l.* 1. *Inst. c.* 6. *in fin.* Quod consuetudo sermonis sit Consensus (non simpliciter plurium sed) doctorum: sicut consvetudo vivendi, consensus bonorum.)

21. Hanc Juris speciem, si quis per vocabul. Communis Opinionis intelligat, rectè dixerit Judicem in judicando, & JCtum in respondendo, communem opinionem sequi debere; Ubi communis opinio non veritati; nec minori dissentientium numero, sed propriæ opinioni, præsumptæque æquitati Judicantis opponitur: Quam & ipsa Ordinatio Cam. Imperial. damnat, ut ex loco suprà citato manifestum est. Verùm is non est vulgaris & usitatus ejus appellationis usus: sed iste potius, ut significet sententiam super controverso Juris articulo à pluribus Dd. asseveratam aut receptam. De qua communi opinione intelligenda sunt ea, quæ superius contra disputavimus.

22. Atque ex hoc fonte sive principio, de *Casibus pro amico dictis*, statuendum est: quod, qui non fecerunt, potius ad alia omnia delapsi sunt, quàm ut Judicem in ejusmodi Quæstionibus seu casibus dubiis ad Juris præscriptum hortarentur: ut videre est apud Corat, *d. lib.* 2. *Comm. opinion. tit.* 9. *cas.* 32. *numer.* 174. & *seqq.* Menoch. *d. lib.* 2. *de arbitr. cas.* 339. *num.* 22. & *seqq.* & *d. remed.* 3. *retin. poss. numer.* 467. & *seqq.* Anton. Thesaur. (Quem reprehendit Bachov. *in not ad Treutl. lib.* 1. *disput.* 1. & vult omnino, esse Casus aliquos pro Amico. Sed & Lipsius *in monit & exempl. Polit. lib.* 2. *c.* 10. *pag.* 143. pro iisdem facit, cum inquit: Do, quod alibi malè (scil. Judex judicet) quid magni mali est? Primum *in re obscura*, & in qua haud valdè intersit, Titius an Sejus vincat. Deinde

in re parvâ; in agello, in prædiolo, in pecuniolâ: habeat, cui Judex donat.) *in decis. Pedemontanis decis.* 89. *per tot. præcipuè. num.* 3. *&* *decis.* 206. *num.* 11. *&* 13. ubi licet dicat; Casus pro amico potius nominandos esse *Casus pro diabolo*: Quod causam præbent, ut ad inferos quis detrudatur: tamen Judicem ad Regulam à Justiniano præscriptam, ut non aliter judicet, quàm Legibus aut Constitutionibus, aut moribus proditum est, non remittit; sed potiùs vult, ut Judex aut dicat, sibi non liquere; quo tamen modo res non judicatur, vel lis solvitur, sed indecisa manet, aut litigantes hortetur ad concordiam & transigere jubeat; quod tamen suadere tantùm potest Judex, non cogere. Cujac. *lib.* 2. *Obs.* 16 *in fin.* Parthen. litig. *lib* 2. *c.* 4. *num.* 21. Langl. *lib.* 5. *semestr. cap.* 4. (aut sorte dirimat. Quæstiones enim Juris, sorte dirimi possunt; non facti. ait Bartol. in *l. si dno* 3. *ff. uti poss.* vid. Alber. Gentil. *ad Rubr* C. *de malefic & Mathemat.*) aut rem per medium dividat: sic Bartol. *in d. l. si duo* 3. *ff. uti possit.* quod tamen arbitri potiùs est, quàm Judicis: *arg. l.* 79. § 1. *ff. de Judic.* & regulariter rusticorum dicitur esse Judicum. in gl. fin. ad *L. Nesennius.* 34. *ff. de N. G.* de quo pluribus tractat Jan. Langlæus *d. libbr.* 5. *semestr. c.* 4 vel certè ad Legislatorem pertinet generale Jus, quod in futurum valeat, constituturum: non ad Judicem de jure Litigantium & certâ facti specie propositâ, sententiam dicturum.

23. Longe prudentius & religiosius Judicem atque JCtum, quomodo ille in judicando, hic in respondendo, circa ejusmodi dubias atque controversas Dd. opiniones sese gerere debeat, instruit *Nicolaus Vigelius* JC*tus* gravissimus, tùm in ratione legendi Juris controversi, quam methodo Juris controversi præmisit, tùm in libello Germanico, cui titulum fecit Richterbüchlein / in quibus, ut & aliis libris suis, quos quilibet veræ germanæque Jurisprudentiæ Studiosus sibi quàm commendatissimos habere debet, ex ipsis fontibus Juris nostri, quod per se religiosissimum prudentissimumque est, artem judicandi sive judiciariam docet: perpetuò memor illorum præceptorum Juris: quod Judex non aliter judicare debeat, quàm LL. Constitutionibus, aut moribus proditum est; quodque facti quidem Quæstio, at non etiam Juris authoritas in arbitrio judicantis sit.

24. Inprimis autem distinguit, inter Causam Ordinariam, quæ ex speciali aliqua Lege, de cujus interpretatione controversa est, de-

dependet: & causam extraordinariam, quæ nullà speciali Lege definita, judicantis arbitrio relinquitur.

25. De ordinariis hanc proponit regulam: quod regulariter contra eum, qui se in istiusmodi jure controverso fundat, sive agendo sive excipiendo, sive replicando, sive duplicando id fiat, respondendum ac judicandum sit; subiectis tamen Exceptionibus aliqaot, quarum hæ sunt præcipuæ: (1) Nisi is, qui se in Jure controverso fundat, præsumptionem iuris pro se habeat: præsumptionem, inquam, non dubiam, & quam nulla lex specialis elidat; (2) Nisi quis speciali lege eâque haud obscurâ, suam intentionem, puta actionem, exceptionem, replicationem, aut duplicationem probaverit: cùm contraria opinio non æquè speciali Lege niteretur; (3) Nisi evidens, & quæ sine manifestâ contrariæ sententiæ calumniâ, dubitationem nullam admittat, æquitas sit pro eo, qui intentionem suam in Jure controverso fundat.

26. De extraordinariis verò causis, quas ipsæ Leges arbitrio Judicis permittunt, Regulam tradit hanc: quod in iis Judex causâ cognitâ, pro qualitate negotii Juris controversi, nunc Affirmativam, nunc Negativam partem, prout ei æquius vel verisimilius videbitur, sequi possit: ita tamen, ut nec modum arbitrii, quem ei Lex præscribit, excedat, nec ex causâ aliquâ, quæ legibus non reperitur, approbata, actionem, exceptionem, replicationem, aut duplicationem concedat; nec affectibus indulgeat, sed bonam fidem & Juris normam ubique sequatur. Quæ omnia dictis locis & uberius declarantur, & Legibus confirmantur, & exemplis illustrantur; ac ut lectu & observatu dignissima, summeque necessaria, diligenter legi, memorique mente perpetuò teneri debent.

27. Hæc igitur in genere de Casibus pro Amico, & quæ iisdem originem præbuerunt, Glossis atque Communibus Opinionibus Dd. præfati, ad ipsas species sive Exempla *Casuum pro Amicis* nunc accedimus.

QUÆSTIONUM seu CASUUM PRO AMICO

SPECIES PRIMA.

An in legitimâ successione Ascendentium, cùm parentes Paterni & materni, pares gradu, concurrunt, distinctio bonorum facienda sit : ut paterna soliis paternis, & materna soliis maternis Parentibus deferantur, sive ad eos revertantur?

I.



PRimum exemplum Casuum pro amico desumamꝰ ex regulâ illâ vulgatâ, quæ in successionibus ab intestato usurpari solet: PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS: sive ut est in versum redacta, MATERNIS CEDANT MATERNA, PATERNA PATERNIS. *Quod Jus reversionis* vocat Guilielmus Ranchinus *in tractat. success. ab Intest.* §. 14. *num.* 8. (qui libellus editus est etiam sub nomine Joh. Winei JCti, titulo tantùm & præfationibus mutatis, in ipso vero tractatu retentis iisdem omninò verbis, & formis, imò & chartis iisdem; ut ne illud quidem sit mutatum, quod Stephanus Ranchinus Authòris Pater dicitur.) Hæc autem regula, licet non tantùm in Ascendentium, sed etiam in Descendentium & Collateralium, successione adhiberi consueverit: præcipuè tamen circa ascendentes de eâ controvertitur. Eoque solo in casu vocatur quæstio dubiissima in Jure, à Baldo novello, *in tract. de dote part.* 12. *quæst.* 14. *num.* 55. & passus valdè ambiguus, & quæstio in Practicâ pro amico, à Jasone *in l. Post. dotem.* 41. (al. 40) *num.* 105. *ff. solut. matrim* & casus mirabilis, à Paul. Castrens. *in l. quod scitis.* 3. §. *fin autem num.* 3. *C. de bon. qua lib.* & gravis atq; à multis annis controversa quæstio, à Mynsingero *cent.* 6 *obs.* 55. & dubium singulare atque subtile ab Anton. Comezio *in Commentar. ad L. sextam Tauri, sive Taurinam, n.* 7. & ardua quæ-

quæstio, à Grasso *in §. successio ab Intestato quæst.* 22. *num.* 5. in eâque esse communem opinionem contra communem, notat non tantùm Cævallos *in speculo communium Opinionum contra Communes. tom.* 1. *quæst.* 102. sed etiam citatis auctoribus longè pluribus, aliis affirmativam, aliis negativam sententiam communem, aut communiorem affirmantibus, docent Tiraquellus, *de retractu gentilitio, Gloss* 2. §. 14. *num.* 12. & 13. Covarruvias *in tract. de success. ab Intestat. num.* 2. ubi etiam quæstionem hanc egregiam nominat, Vasquius, *in tractatu de successionibus tom.* 3. *qui est de successionum resolutione lib.* 2. §. 13. *num.* 11. Gabrielius *lib.* 4. *sub tit. de success. ab intestat. conclus.* 3. Vivius *lib.* 2. *commun. opin. num.* 218. vel *ut est hodiè, in ejus Sylvâ commun. opin. lib.* 2. *opin.* 598. Thesaur. *in decis. Pedemont. decis.* 27. *per totam.* & Gomez. *in d. l.* 6. *Tauri, n.* 7. & 8. & Grassus *in § successio ab intestato qu.* 22. *n.* 5. Berlich. *part.* 3. *Conclus.* 20. *n.* 14. & 15.

2. Potest autem Casus contingere pluribus modis; veluti in Parentibus primi gradus, Patre & Matre; si his superstitibus, moriatur filius intestatus, cui *vivo* quædam donaverat Mater, Avunculus aut Matertera; quædam Pater, Patruus aut Amita: quo casu ad Patrem pertinere volunt res, quæ vel ab ipso, vel aliis ex lineâ paterna, sive adgnatis ad filium pervenerunt, materna autem vel materni generis bona, ad matrem revocari: ea verò demum, quæ aliundè, quàm ab agnatis aut cognatis defuncti obvenerunt, ex æquis portionibus dividi inter Patrem & Matrem.

3. Item in Parentibus secundi gradus, avo aut aviâ, Paterno vel Paternâ, & avo aut aviâ, materno vel maternâ, si forsan nepote post Patrem matremque mortuo intestato, concurrant avus paternus & avia materna: quo casu ad avum reverti volunt, non tantùm quæ ab ipso, sed etiam quæ Patre, aliisque lineæ paternæ personis ad nepotem pervenerunt: ad aviam autem ea, quæ vel ab ipsa donata fuerunt defuncto, vel ab aliis, qui ex ipsius latere sunt, personis ad eum pervenerunt. Et sic de cæteris casibus similibus. [Ranchin d. §. 14. *n.* 8. Castrens. *in d. l. quod scitis.* §. *fin. autem, n.* 9. Thesaur. *d. dec.* 27. *n.* 1. & 2.

4. Ex qua generali doctrinâ deciditur casus specialior: Si filia, cui Pater dotem dederit, & pro eâ stipulatus sit, decesserit, relictis

Pa-

Patre, Matre & fratribus atque sororibus, quod tùm solus Pater in dote succedat, ut illi loquuntur, sive ad solum Patrem dos revertatur, non etiam ad matrem, aut fratres & sorores. Quomodò super facto consultus, respondit Bartol. *in Consil.* 18. *num.* 4. *& consil.* 215. *num.* 4. (Est enim ex errore duplicatum, ut Jason monet.) Eandemque decisionem repetit in lecturâ *ad d. l. post dotem.* 41. (*al.* 40) *ff. solut. matrimon. num.* 36. *sive ult.* quem secutus est Ludov. Romanus *in Consil.* 40. & utrumque refert ac sequitur Jason. *in ead. l. n.* 105. & alii alibi.

5. Auctor hujus sententiæ est is, quem modo diximus, Bartolus, qui eam proposuit, tùm in locis duobus modò citatis: tùm *in Authent. Itaque num.* 2. C. *Commun. de success. & in d. l. quod scitis* 3. §. *fin autem in pr.* C. *de bon: quæ libb.* qui & ibidem se primum hujus sententiæ Authorem esse, non dissimulat: dùm profitetur, se istum casum non scire extare alibi, nec in textu, nec in Glossa nec per aliquos Dd. & testatur Forsterus *in tract. de success ab intest. lib.* 7. *c.* 4. *conclus.* 4. *num.* 6. *solius Bartoli* auctoritate conclusionem eam niti, qui primus eam, (æquitate quadam, ut ipse putaverit, motus) effinxerit atque excogitaverit. Quomodò & alii communiter omnes non ad alium, quàm ad Bartolum originem hujus sententiæ referunt, & passim Bartoli doctrinam, Bartoli decisionem, Bartoli sententiam, Bartoli opinionem appellant; & omnes antiquos ante Bartolum in contrariâ sententiâ fuisse ajunt: ut notat etiam Thesaur. *d. decis.* 27. *num.* 2. §. *Contrarium* & ante eum Forsterus *d. loc. num.* 12. [Licet enim Baldus novellus, in *loco suprà citato sub. num.* 52. etiam authoritatem Glossæ primæ & secundæ, itemque auctoritatem Cyni pro hac sententiâ adducat: tamen id non ad ipsam hanc doctrinam primariò pertinet; sed ad lectionem & interpretationem. *d. l.* 3. C. *de bon. quæ libb.* ex quâ doctrina illa deducitur.]

6. Bartolum deinceps secuti sunt plurimi magnæ autoritatis & nominis viri: ut si auctoritatibus certandum sit, ejus sententia superior, aut certè par sit futura: quod & fatentur illi, qui eam improbant: Forster. *d. cap.* 4. *num.* 6. *&* 21. *atque* 22. Mynsing. *d. Obs.* 55. *num.* 4. Covarruv. *d. tract. de success. ab intestat. num.* 2. Ranchinus *d.* §. 14. *n.* 10. Vasqv. *d. lib.* 3 §. 13. *n.* 11.

7. Fun-

7. Fundamentum hujus sententiæ Bartolus ponit unicè in textu *l. quod scitis vers 3. sin autem C. de bon. quæ libb.* Cujus verba sunt hæc ; Sin autem idem Nepos superstitibus tàm Patre quàm avo paterno, diem suum sine liberis obierit, eorum dominium, quæ ad ipsum ex Matre, vel ab eius lineâ pervenerint, non ad avum, sed ad Patrem ejus perveniat, usufructu videlicet, in hujusmodi casibus avo, (dùm superierit,) reservando. Quem textum ut planè singularem, nec alibi extantem, laudat Bartolus *in lecturis ad d. l. Quod scitis 3. & ad d. Auth. Itaque C. Commun. d. success. & ad d. l. Post dotem ff. solut. matrim.* Undè textum illum capitalem vocat Anton. Gomez. *in Comment. ad LL. Taurinas l. 6. num. 8. vers. Nec obstat.* Sicut autem Bartolus neque textum, neque glossam, neque Doctoris alicujus dictum, ullo alio in loco in hanc sententiam exstare profitetur ; ità neque rationem aliquam aut argumentum pro eâdem confirmandâ adducit. Undè consequitur, fundamento hoc everso, eversam esse Bartoli opinionem super eo ædificatam.

8. At, qui Bartolum secuti sunt, etiam aliis quibusdam argumentis suffulcire sunt conati : maximè cum viderent, eam à Raynero de Forolivio, Baldo, Saliceto, Raphaele, Corneo, *Consil. 7. lib. 3.* Fulgosio, Raphaele Cumano, Decio, aliisque pariter magni nominis atque authoritatis Dd. improbari. [Et ad Bartoli quidem sententiam subruendam totus fuit Decius, qui multis in locis adversus eam consuluit ; adductis rationibus & authoritatibus, quæ pro eo pugnant, ut Consil. 94. *num.* 9. 10. 11. 12. & Consil. 186. *num.* 2. *in* 1. *volum.* & Consil. 7. *in* 3. *volum.* Ranchin. *d.* §. 14. *n.* 10. *p.* 210.]

9. Adducunt igitur prætereà argumentum hoc : quod etiam in successione collaterali, concurrentibus fratribus consanguineis cum uterinis, illi in paternis, hi verò in maternis bonis præferantur; Id quod constitutum ajunt, *per l. de emancipatis.* 13. *§. ult. vers. exceptis* C. *de legitim. hered.* Undè, tanquam argumento à pari, vel etiam à minore ad majus, inferunt. Si in successione transversalium distinctio ejusmodi bonorum facienda est ; faciendam etiam esse in successione ascendentium : & quidem tantò magis, cùm ascendentium successio dignior sit successione transversalium,

D cam-

eamque sæpè excludat. Jason in *d. l. post dotem. n.* 106. Thesaur. *d. decis.* 27. *num.* 3. §. *Et quamvis versic. & in simili.* & qui hanc sententiam improbant, Forsterus *d. l.* 7. *cap.* 4. *num.* 7. & Anton. Gomez. *ad d. l.* 6. *Tauri. num* 7. Adducit quidem etiam ipse Bartolus hanc doctrinam de transversalium successione; *in d. auth. Itaque.* sed non ut in argumentum sive confirmationem differentiæ ejus, de quâ disputamus: non argumentando, inquam, sed exponendo sive indicando.

10. Utuntur etiam argumento *ex l. cum aliis.* 4. C. *de secund. Nupt.* deprompto, ubi & in descendentium successione simile quid constitutum est: nimirùm, ut matre ex duobus matrimoniis liberos habente, & mortuâ, liberi, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, sponsalitiam largitatem, quam vir secundus in Uxorem contulit, in solidum habeant; ex priore verò matrimonio suscepti liberi, nihil indè utilitatis habeant; & vicissim, h. e. ut ex quolibet conjugio liberi sponsalitiam largitatem, à suo Patre in matrem collatam, sibi vindicent; & in eâ consequendâ, alios liberos ex alio patre natos, excludant. Unde iterum quasi ex pari aut simili inferunt; Etiam in Parentum successione, paterna bona ad paternos, materna verò ad maternos parentes reverti debere. Ludovic. Romanus. *Consil.* 40 & ex eo Forster. *d. loc. n.* 8. & Gomez. *ad d. l.* 6. *Tauri. n.* 7. *vers. Secundò facit etiam.*

11. Sed & æquitate naturali hanc sententiam præpollere existimant: moti argumento *ex l. cum oportet.* 6. *C. de bon. quæ libb.* & inprimis ex §. *igitur liberi* 1. I. *per quas pers. cuique acq.* Ubi Justinianus Jus illud vetus, quo, quicquid filius acquirebat, Patri acquirebatur, mutaturus, sancivit, ut proprietas earum rerum, quas liberi aliundè, quàm ex re Patris acquirerent, ad liberos pertineret, eorum verò bonorum, quæ ex re Patris acquirerent, proprietas Patri cederet; hoc addito elogio: Quæ enim invidia est, quod ex Patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti Thesaur. *d. decis.* 27. *num.* 3. *ibi, Pro quâ opinione facit æquitatis ratio illa, à Justiniano considerata* &c. Schneidew. *in Instit. tit. de hered. quæ ab intest. defer. sub secundo ordine succedendi num.* 12. Forster. *d. c.* 4. *num.* 9. Borcholt. *de grad. pag.* 219. Gomez *d. num.* 7. *vers. Quartò facit textus.* Fachin. *lib.* 6. *controv.* 4. §. *fundamentum.* Undè &

& hanc sententiam tanquam æquiorem, mitiorem & rationi consentaneam, commendant alterique præferunt, ut videre est apud Thesaur. & Schneidevv. *dd. loc.* Et profitetur etiam Forsterus, Bartolum æquitate quadam, ut ipse putaverit, hanc opinionem effinxisse & excogitasse, ut supr. dict.

12. Denique, sequaces Bartoli, movit ipsa Bartoli auctoritas; Et posteriores etiam, sequacium multitudo, h. e. opinionis communis authoritas. Forster. *d. loc. num.* 10. *&* 11. Undè Jason. *in d. l. post. dotem*, *num.* 107. quamvis confessus esset, Raphaeli Cumano semper eam opinionem, quæ est contra Bartolum, fuisse visam verissimam & indubitatam; & seipsum vidisse tempore Juventutis suæ, fuisse consultum *contra* eandem sententiam, per plerosque solennes Dd. studii Ticinensis: quamvis etiam nullam omninò rationem pro confirmatione sententiæ Bartolinæ adducat, præter responsionem quandam ad argumentum adversariorum, de correctione *d. l.* 3. nihilò tamen minus, cùm quid tenendum sit, quærit; respondet: Ego teneo opinionem Bartoli, secundum quam consulerem & judicarem. Et Baldus novellus *in d. tr. de dot. part.* 12. *quæst.* 14. *sub num.* 52. *§. Item quia.* inquit: Et hæc opinio (quæ scilicet contra Bartolum est) posset realiter, & sine difficultate aliquâ teneri in viâ disputationis, & in puncto Juris: licet in viâ consulendi & judicandi non auderem recedere ab opinione Bartoli. Quod & ipse Jason annotavit, *in loco citato*, *sub num.* 105. & Tesaur. *in d. decis.* 27 quamvis fundamentum Bartoli à Corneo & Covarruviâ eversum esse, *num.* 2. agnovisset, nec deinceps quicquam, præter leviculas quasdam conjecturas adducat, tamen *num.* 3. inquit: Semper mihi placuit Bartoli distinctio, quæ gravissimorum Interpretum & Consulentium authoritate non destituitur. Et Francisc. Vivius *lib.* 2. *Commun. opin. num.* 218. sive, ut est hodiè, in sylvâ *commun. opin.* 2. *opin.* 598. etsi nihil præter authoritatem Bartoli, & numerum sequacium, adeoque communem opinionem adduxisset, fidenter tamen concludit adversus dissentientes, his verbis: "Verùm, quicquid isti Dd suadeant, fatuum foret in actu practico " recedere ab opinione præmissa Bartoli & sequacium; quæ vera, ra- " tionabilis & æqua apparet, ex supra relatis.

13. [Duo alia argumenta, quæ adducit Gomez. *in loc. supr.*

cit. vers. Tertiò facit. & vers. Quintò facit. Quorum illud quidem desumptum *ex l. si is qui ex bonis 6. ff. de Vulg. & Pupill. substit.* hoc verò ex *l. sed si plures. 10. §. in arrogato. 6. d. t.* consultò præterimus, quod nimis longè petita frivolaque sint: quæ multò faciliùs refutantur, quam in argumentum aliquod tolerabile conformantur.]

14. Videamus nunc, quàm præclarè sese fundamenta & argumenta sententiæ Bartolinæ habeant.

15. Et primum quidem, quod ad ipsius Bartoli fundamentum, sive textum capitalem. *in l. Quod scitis. 3. v. Sin autem. C. d. bon. quæ lib.* attinet: non modò satisfactum est eidem abundè à Forstero *d. c. 4. num* 10. Ranchino, *d. §. 14. num. 9.* Fachin. *lib. 6. controv. Iur. c. 4 §. Hic nullam. vers. Nam quod habetur* & Covarruviâ, *sub d. num. 2. §. verùm enimverò.* Gomezio, *ad d. l. 6. Tauri num. 8. vers. nec obstat.* Sed etiam ipse verborum tenor suprà à nobis recitatus, talis est, ut eum à sensu Bartolino longè abesse intelligant omnes, quibus aliquid est cordis, & cerebrum in capite, quod idem Ranchinus dixit, *sub fin. num. 8.* Neque enim loquitur de concursu avi paterni, & avi materni, sive, non loquitur, de casu, quo nepos aliquis sit mortuus, relictis parentibus diversarum linearum, & ejusdem gradus, videlicet avo ex linea paterna, & avo alio ex linea materna. ut per principii petitionem tanquam certum præsupponit Bartolus: sed loquitur disertè de concursu Patris & avi Paterni: si filius & respectivè nepos mortuus, relicto Patre suo, & avo Paterno: adeoque parentibus iisdem lineæ, & diversi gradus: quod & vox *paterno*, expresè adjecta, evidenter docet: & evincunt; tum verba *Idem nepos*; dictum enim fuit *in fine principii legis* de nepote, qui jure peculii videbatur lucrum dotis adventitiæ, à matre ad se devolutum acquirere. Atqui id de avo materno accipi nequit, sed tantùm de Paterno: Ejus enim est, habere potestatem in nepotem & ei per nepotem jure peculii acquiri: tùm *versic. ult. ejus leg.* quo ususfructus bonorum illorum nepotis, avo defertur: quem non materno, sed paterno deferri constat. [Et omninò legis ejus totius, tria sunt enunciata: I. Ut nec filia lucrum donationis propter nuptias, nec filius lucrum dotis Patri acquirat. II. Ut filiâ mortuâ, relictis liberis, lucrum ejusmodi ad hosce libe-

ros,

ros, qui patris ejus, de quo propositum est, nepotes sunt, pertineat excluso tum patre suo, h. e. filiæ ejus marito, tùm avo suo, h. e. filiæ ejus Patre, (Idem, si mortuus sit filius, relictis liberis, quamvis hic non appareat dubitandi ratio, quomodò matri videatur acquirere, nec de Matre quicquam dicatur.) III. Ut his liberis posteà morientibus, ad eorum patrem pertineant hujusmodi lucra, quoad proprietatem, ususfructus verò avo paterno cedat. Quæ omnia nihil ad præsentem Quæstionem facere, nec argumentum ullum, quod vel in speciem pro hac sententiâ faciat, præbere manifestum est. Ut vero sine fide & authoritate librorum Authenticorum, sineque ullâ necessitate, novi & insolentis juris introducendi causâ, tenorem verborum immutemus: aut certè lectionem prorsus incertam dubiamque, pro certâ, adeoque fundamento alicujus sententiæ, arripiamus, aliisque obtrudamus, id quidem nec juris, nec rationis est; ab Interpretis certè officio nimiùm quàm alienum.] Fatendum tamen interim est, contra Baldum, aliosque veteres Interpretes tales, qui illam lectionem Bartoli admiserunt: non omnino de nihilo hoc fundamentum esse: quæ & causa fuit, cur Baldus *d. l. cum scitis, per N.* 118. correctam esse vel certè in lucris nuptialibus locum habere diceret.

16. Secundò, ad argumentum ex *l. de emancipatis.* 13. § *ult. C. de legit. hered.* & allegato simili jure, quod in lineâ collaterali, in successione fratrum consanguineorum & uterinorum concurrentium obtineat, quod attinet: non est æquè facilis, neque tàm consentiens Interpretum responsio. *Plerique enim antecedens concedunt*, quod scilicet inter fratres regula illa obtineat: Paterna paternis, materna maternis: ideoque consequentiam tantùm negant, non permittentes, ut, quod in fratribus isto casu singulariter constitutum est, ad parentes extendatur. Forster. *d. cap.* 4. *num.* 20. ubi etiam diversitatis rationem indicat; ac præterea legi illi *per Nov.* 84 derogatum esse. Ranchinus *d.* § 14. *num.* 9. §. *unde meritò. vers. Quam non mutat.* Salicet. *in Authent. Itaque. num.* 2. *C. Com. de success.* Gomez. *d. num.* 8. *vers. Neque obstat etiam.* Grassus *in* §. *successio ab intestato. quæst.* 32. *per tot.* junctâ *quæst* 22. *num.* 5. *in fin.* [Constit. Elect. Saxon. August. *part.* 3. *constit* 14. & ibi Moller. vid. omninò consilia Altorff. 17. ubi & Azo & Glossa, & Dynus & Cynus & alii pro hac sententiâ citantur, quæ & ex-

pressi Juris & communiter recepta dicitur. (add. contrarium consilium. 16.)

17. Alii verò non tantùm consequentiam non admittunt, sed ipsum quoque antecedens negant. Negant, inquam, in successione transversali, concurrente fratre consanguineo cum fratre uterino, distinctionem bonorum faciendam esse; ut fratri paterno, hoc est, consanguineo bona à patre, vel à linea paternâ profecta deferantur: materno verò fratri, h. e. uterino; bona materna vel materni generis præcipua sint, ut post Fulgosium & Corneum *in Auth. itaq. C. Comm. de success.* statuit Fachin. *d. lib. 6. controv. cap. 4. in fin. & cap. 5. per tot.* latè Plebst, *ad Jus Würtenbergicum disp. 4. th.* 136. ubi plures citat. Hunnius *ad Treutl. vol. 2. disp. 15. th. 5.* [Ut frustra nunc Tiraquellus *de retract. consanguin.* §. 14. *gloss 2. num. 4.* dicturus, se non reperire dissentientem, nisi Fulgosium.]

18. Et certè ad consequentiæ rationem quod attinet, eam in argumento illo nullam esse, & nihil præter levem conjecturam inde existere, non possunt ignorare aut diffiteri etiam illi ipsi, qui argumento eo utuntur: tùm, quia nec Bartolum argumento eo usum esse vident: tùm, quia ipsi quoque communiter consequentiam illam non admittunt in transversalibus ulterioribus præter fratres & sorores; aut certè fratrum & sororum liberos, ut videre est apud Gabrielium, *lib. 4. commun. conclus. tit. de succes. ab intest. conclus. 3. num. 5. & seqq.* [Ludovicum Bologninum *in addit. ad Matth. Mathesilani tractat. de success. ab intestat. articul. 3. principal. n. 9. incip. Non sunt nulli.*] Gribald. *in commun. Opin. sub tit. successio. § consanguinei, sive conclus.* 4. Covaruv *in sapè dictâ Epitome successionis ab Intestato. num. 8. §. Tertiò est animadvertendum.* Ranchinum *d* §. 14. *n.* 13 Forsterum *lib. 8. de success. ab intest. cap 9. num. 9.* Schneidevvin. *in Instit. tit. de hered. qua ab intest. defer. sub rubric. de tertio ordin. succedendi. num. 22.* Borcholt. *de gradibus. pag* 248. & 249. Academ. Altorfinam *in respons. Juris octav.* §. aber wie dem. Rittershus. *in Nov part. 7. c. 13. num. 16.* Vivium *in Sylvâ commun. opin. l. 1. opin. 335. n. 2.* & Grassum *in § successio ab intestato. quæst. 32. n. 2.* Franciscus de Barry *in tract. de success. lib. 18. tit. 3. num. 5. ubi etiam citatur* Meynard. *libr. 6. cap. 90.* Hilliger. *libr. 9. D. E. capite 4 litera F.*

19. De antecedente verò, quod videlicet in fratrum consangui-

guineorum & uterinorum concursu, distinctio bonorum facienda sit; etsi Dd. plerique consentiant (ut ex supr. dictis patet) & inter hos, quod miteris, ipse quoque Cujacius *Nov.* 84. *& consultat.* 23. *& in parat. C. de legitim. hered.* nullum tamen certum in jure fundamentum habet. Nam quod *ad leg. de Emancipatis.* 13. C. *de legitim. hered.* ex quâ id depromitur, attinet; rectè docuit Fach'næus *lib.* 6. *controv. jur. c.* 5. [à quo tamen cavendum esse monet Barry *loc. sup. cit.* sed forsan ratione Juris in Galliâ recepti ex consuetudine] (Idem etiam operosè docet,(nisi quod incommodè & ambiguè loquitur in propositione.) Plebst. *in Jure Würtenberg. disp.* 4 *part.* 4. *thes.* 136. tradit etiam Hunnius *in resolut. Treutl. vol.* 2. *disp.* 15. *th.* 5. *p* 250. (& posteà etiam 252.) aitq; *d. l.* 13. *per Novel.* 118. corrigi. meliùs & accuratiùs Bachovius *ibid. P.* 1058. *&* seq.) loqui in eâ Justinianum non de fratre uterino, sed de fratre eo, quem vulgò Germanum vocamus, hoc est, qui defuncto non tantùm ex latere paterno, sed etiam ex materno latere conjunctus sit: ut is alteri fratri consanguineo, h. e. qui defuncto tantùm ex latere paterno conjunctus sit, præferatur in bonis, quæ defunctus frater à matre consecutus est. Ac proinde verba illa legis, *ex eadem matre*, accipienda sunt cumulativè, quasi dictum esset, *etiam ex eâdem matre*: quod & vox *eâdem* innuit: non autem privativè, quasi diceretur, *tantùm ex eâdem matre*, vel potiùs, *tantùm ex matre*.

20. Quæ interpretatio ut per se probabilis est: *ita confirmatur adhuc ampliùs* ex eo, quod tempore promulgatæ ejus Constitutionis, fratres uterini nondum admitterentur ad successionem in ordine fratrum, sed in ordine aliorum cognatorum. Primùm enim ad successionem in ordine fratrum admissi sunt. *per l. meminimus*, 15. *d. t.* quæ biennio post (nimirum An 534. Idib. Octobris, cùm *l.* 13 lata esset Cal. Nov. An. 532.) lata est. In cujus § 2. ita definit Justinianus, sed nec fratrem, vel sororem uterinos concedimus in cognationis loco relinqui. *Deinde probabilior etiam fit ex eo*: quòd de fratribus consanguineis tantùm, nihil in eâ lege dicitur, quòd scil. & illi in bonis Paternis præferantur fratribus uterinis tantùm. Id quod tamen ratio requirebat, ut diceretur; si is sensus esse legis deberet, quem vulgò dicunt, fratres Paternos sive consanguineos in paternis, maternos autem sive uterinos in maternis bonis præferri. *Denique verisimilior etiam fit ex eo*, quod Justinian, *in Novell.* 118. in quâ totam ferè successionis legitimæ

timæ doctrinam reformat, & quasi ex integro tradit, hujus tàm notabilis observationis & distinctionis mentionem prorsus nullam facit; quod non omissurus fuisse videtur, certè non debuisset omittere, si ipsius hæc mens fuisset, *in d. l.* 13. C. *de legitim. hered.* ut fratres consanguinei paterna, uterini verò materna bona præcipua haberent. *Quin etiam, si vel maximè ea fuisset mens* Justiniani, in *d. l.* 13. tamen quia in novâ illâ Constitutione & reformatione successionis ab intestato, eam præterit, magis esset, ut abrogasse, quàm ut approbasse videretur. Quæ sententia videtur esse Fulgosii & Cornei, *in Auth. itaq.* C. *Commun. de success.* quos citat Fachin. *d. loc.* & Hottomann. *in consil.* 23. quem citat Dd. Gothofred. *in not. ad d. l.* 13. C. *de legit. hered.* Eandemque etiam antiquissimi Glossatoris Pilèi Modicensis sententiam fuisse, testatur Forsterus *d. lib.* 7. *c.* 4. *n.* 20. Quæ rationes cùm minimè frivolæ & contemnendæ sint, ut rectè judicat Conradus Rittershusius *in Expos. Novell, part.* 7. *cap.* 13. *n.* 10. quibus adjungi poterit etiam ea, quam infrà ex Reform. Francofurt, proponemus, quòd hæc res jurgia & lites pariat; nihil sanè causæ est, cur sententiæ contrariæ, etiamsi communis sit, eam authoritatem deferamus, ut illam pro argumento ad quæstionem nostram propositam adduci patiamur; quod sine fallacia petitionis principii fieri non potest. Maximè, cùm & concesso antecedente, consequentiæ tamen ratio nulla sit, ut idem etiam nostro in casu, h. e. in ascendentium successione, obtinere oporteat.

21. Tertiò, ad argumentum ex *l.* 4. C. *de secund. Nupt.* petitum, quod attinet: id, si de jure constituendo sermo esset, & res inter Consiliarios LLatoris ageretur, momenti forsan aliquid, quamvis certè parum admodum, habere posset. At hîc, cùm de jure constituto quæstio est, & res inter Interpretes Juris versatur, vim omninò nullam habet. Non enim si unum aliquod constitutum est, idcircò etiam aliud constitutum esse, dicendum est, quod ab eo planè diversum, & valdè dissimile atque dispar est. (quæ mens quoque videtur esse Forsteri. *d. c.* 4. *n.* 20. §. *Hac quoque responsione*, & Gomezii, *in d. l.* 6. *Tauri, n.* 8. *versic. Neq; obstant.*)

22. Quartò ad allegationem æquitatis quod attinet; id quoque ad Quæstionem Juris constituendi, adeoque ad LLatorem, ejusq; Consiliarium pertinet: non autem ad Quæstionem Juris constituti, &

ad

ad Juris Interpretem. Ac propterea nulla est consequentia si quis dicat: Hoc æquum esset constitui; E. constitutum est. Æquitas suadet tale Jus introduci. E. perinde habendum est, ac si tale Jus introductum, vel talis lex lata esset. *Quin etiam ipsa illa allegatio* æquitatis, principium petit. Unde enim probaverint, sic æquum vel æquitatem esse? certè non *ex d. § igitur liberi. 1. I. per qu. person. cuiq. acquiritur.* Ponamus enim, ut in illâ specie nulla injuria est, (Justiniani nostri judicio) quod ex Patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti: ita in hac quoque specie nullam injuriam esse, quod à linea paterna profectum est, hoc ad Parentes paternos reverti, & quod ex linea maternâ ad maternos: an propterea inde sic licebit inferre: Nulla est injuria sic Jus constitui. E. æquitas flagitat, aut certè suadet sic constitui. Majus utiq; est, aliquid æquum esse, vel æquitatem aliquid requirere: aliud, aliquid non iniquum esse, vel æquitati non adversari. Suntq; ea non immediata, sed mediata contraria, æquum & Iniquum. Denique sunt in genere argumentationes omnes, quibus ex æquitate quadam Jus scriptum impugnatur, sive id fiat restringendo, sive extendendo, [de abrogando enim non est opus dicere] satis periculosæ. Quemadmodum ex Celso monuit Paulus JCtus *in l. si servum. 91. § 3. de V. O.* In quæstionibus de bono & æquo, plerumque sub auctoritate Juris scientiæ, perniciosè errari: [Et (quod tamen pertinere videtur magis ad abrogationem) eleganter Quintilian. inter alia inquit: Si apud judicium hoc semper quæri de LL. oportet, quid in his justum, quid æquum, quid conveniens sit Civitati, supervacuum fuit, scribi omninò leges. Et, quid interest, nullæ sint, an incertæ leges?]

23. Sunt & contumeliosæ quodammodò adversus Juris nostri auctores, quod illi tot tantique viri, tot sæculis æquitatem eam videre non potuerint: quos tamen & diligentissimos indagatores, & æstimatores æquitatis longè prudentissimos constat fuisse. Ut non immeritò dicat Cujac. *consult.* 38. Tantum nos ab æquitate reced[illegible], quantum à Jure scripto recedimus. [& Oldendorpius *in form[illegible] investigandæ actionis. sub rubricâ, Jure scripto ne, an æquitate sit judicandum?* Neque vero imaginandum est, inquit, æquitatis censuram desiderari in his casibus, de quibus principaliter Lex scripta statuit. Quis enim credat, quempiam hoc seculo, graviore deliberatione boni & æqui, judicaturum esse, quàm à Romanis LLatoribus Justitiæ consultissimis, factum sit, in illis speciebus, de quibus nominatim ac specialiter scri-

E psе-

pferunt, &c. Certè, vreisimile non est, Justinianum nostrum, cùm tot locis de successione ab intestato in suo corpore Juris tractet, omissum id fuisse, si tàm æquum id esset, quàm Bartoli sequacibus (hominibus sc. ad pauca respicientibus, quorum est, facilè affirmare, teste Aristot. *lib.* 1. *de generat. cap.* 2.) videtur. Itaque ut in aliis rebus, non satis est dicere aliquid, sed etiam ejus rei causam indicare, neque statuere ullam sine ratione sententiam, sed aut inductionem aut demonstrationem adferre oportet: auctore Arist. *lib.* 8. *Physic. c.* 1. (sive ut ille ait: Non satis est illûc, uno te dicere verbo, sed facilè ut quivis sentiat & videat.) Ita vel maximè in ejusmodi æquitatis adversus Jus nostrum Civile, allegatione, propter fortissimam contrarii præsumptionem, probatione admodum accuratâ atque exactâ opus esse intelligitur: quàm haud facilè quisquam præstiterit] quâ de re, æquitate nimirum, copiosè diximus in tractatu nostro *de Codicillis & Clausul. Codicill. sub c.* 8.

24. Postremò ad Bartoli & communis Opinionis authoritatem quod attinet: de communi opinione jam diximus, ex ipsorum Opinionistarum communi sententia, non esse adhærendum communi Opinioni, cùm ea convinci erroris potest: cujus hanc, de qua disserimus, doctrinam convictam esse, ex hactenus dictis liquet. Et si Bartolo licuit à recepta omnium antiquorum sententiâ, ob singularem aliquem, nullique alii observatum textum Juris, secedere; cur non & aliis liceat, receptam jam communiùs sententiam Bartolinam, ob rationes & suprà propositas, & infrà adjiciendas, repudiare? Ipsius verò Bartoli auctoritas, etiamsi permagna si plerisque, ut videre est apud Nicol. Everh. *in topic. Legal. sub loco, ab auctoritate.* communi tamen opinione inferiorem esse, cùm fateantur omnes, non est, quod magis nos, quàm ipsa communis Opinio moveat. Et Jamdudum visum fuit Baldo, Paulo Castrensi & Jasoni: ob novas Phantasias Bartoli, vel à comprobatâ multorum judicio opinione, vel ab ipsa ratione, vel à textu secedendum minimè esse: ut ex iisdem refert Forsterus *sæpe dict. c.* 4 *n.* 21. Ut jam dicamus, quod gravissimus Interpretum Juris, Cujac. *lib.* 12. *Obs* 16 nequaquam tam præclarè de Bartolo judicet: sed Accursium longè magis coronâ donet: à quo quicquid aberret Bartolus, vanæ fictiones & ægri somnia Cujacio videntur Sed & à Dnn. Assessoribus Augustissimæ Cameræ Imperialis rejectam esse Bartoli & sequacium sententiam, testatur Mynsing. *cent.* 6, *Obs.* 55, ubi etiam profitetur,

fitetur, contrariam sententiam de jure veriorem esse, rationibus iis, quas hactenus exposuimus, evidenter convinci. Nec Bartolinam, sed hanc, quam diximus contrariam, ut veriorem esse, ita usu servari, testatur Wesenb. *in not. marginal. ad Schneidewin. in Instit. tit. de successſ. ab intest. sub rubr. de secundo Ordine succedendi num.* 12. *p.* 404. [*vid. omninò Plebst. loco supr. citat.*] Eamque etiam ut hodiè communiorem agnoscere videtur Grassus *in* § *successio ab intestato qv.* 22 *n.* 5. *in fin.*

25. [Nec impedit, quod in jure nostro nulla hac de re extet expressa decisio, ut Mynsing. *d. Obs.* 55. *num.* 1. sive ut Forsterus *d. c.* 4. *num.* 10. inquit: quod in Jure hac de re textus expressè conceptus non est. Sufficit enim, tacitam haberi decisionem, dum scilicet proposita doctrinâ generali, distinctio illa legibus omissa est. Nota enim sunt vulgata illa dicta: ubi Lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Quod in lege non cavetur, in Practica non habetur. Paria sunt, aliquid fieri sine lege, & fieri contra legem. De quibus videre est apud Everhard. *in loco, à lege cessante.* Et notum etiam est tùm ex Logicis præceptis, tum ex ratione naturali: quæ de Genere prædicantur, eadem quoque prædicari de Specié. Unde Decius *in Comment. ad l.* 1. *ff. de R.* J. rectè inquit: Sicut genus comprehendit species propriè, ita regulam complecti species etiam eas, quæ post Regulam superveniunt: Ac proinde etiam in casibus non determinatis, fundaatm habere intentionem, eum, qui regulam Juris pro se habeat. Alioquin certè si argumentis & rationibus generalibus (h. e. generalissimis) Jus constituere, & Leges distinguere liceret, neque certum, neque finitum Jus esse posset: cum nulla Lex tam firma sit, quæ non aliqua ratione, vel distinguendo saltem possit labefactari. Ut rectè monet Vigelius, *in methodo legendi Juris controversi sub Reg.* 1. *except.* 2. *replic.* 3. quo etiam pertinent, quæ tradit Forster. *d. c.* 4. *n.* 13. *&* 14.]

26. Sic itaque refutatis iis, quæ pro sententia affirmativa Primæ hujus Quæstionis, sive primi *casus pro amico* dicti, adferri solent: patet; eam nec ullo Juris textu, nec ullâ ratione probabili nedum; necessariâ subnixam esse: & neque authoritate idonea suffultam ita, ut secundum eam judicandum respondendumve sit.

27. His, ex abundanti, majoris certitudinis habendæ, omnisque dubitationis tollendæ causa, addi possunt & rationes quædam aliæ, quæ pro contrariâ sive negativâ sententiâ faciunt: Ex quibus *Prima est*, quod in *Nov.* 118. *c.* 3. ubi de Parentum successione ex professo agitur, Justinianus non tantùm hujus distinctionis bonorum faciendæ, mentionem omninò nullam facit: sed etiam verbis utitur talibus, quæ eam aversentur & elidant. Si, inquit, multi (πολλοὶ, vulgata versio malè habet, plurimi) ascendentium supersint, hos præferri jubemus, qui gradu proximi inveniuntur, masculos juxta & fœminas, sive paterni sive materni generis; *si* eundem gradum omnes tenebunt, *hereditas inter ipsos æquis portionibus dividatur:* ut medietatem quidem, sive semissem omnes Paterni generis ascendentes capiant, quotcunque tandem sint: reliquum verò semissem (sive reliquam medietatem) ascendentes materni generis, quotcunque eos tandem inveniri contigerit. Quo loco non modò nullam distinctionem bonorum præcipi videmus: quod tamen aliâs sine vitio omitti non potuisset à LLatore: sed etiam verbis, *Hereditatis ex æquo dividendæ, & semissis ad hos, semissis ad illos transferendi*, intelligimus totum defuncti patrimonium, sive bonorum à defuncto relictorum universitatem (Hæc enim hereditatis verbo significatur. *l. nihil est aliud.* 24. *ff. de V. S. l. hereditas.* 62. *de R. J.* nec ex diversitate originis, sive ob diversam acquisitionis originem distinctæ diversæque hæreditates existunt. *l. sed si plures.* 10. §. *filio.* 2. *ff. de Vulg. & Pupill. Subst.*) ex æquo inter Parentes dividendam esse. Non divideretur autem hereditas ex æquo: si prius bonorum distinctio facienda, & paterna paternis, materna maternis (quæ sæpè summè imparia sunt) deferenda essent: ac tùm demùm in reliquo, quod non hereditas, sed hereditatis pars est, divisio ex æquo facienda foret. Quæ ratio certè tàm valida est & efficax, ut vel abrogari *per d. Nov.* 118. dicenda videatur *l.* 3. *C. de bon quæ libb.* si in eâ sententia Bartoli contineatur, quod & Baldus statuit, *in d. Auth. Defuncto. C. ad SC. Tertull.* & statuisse plerosque, colligitur ex Jasone. *in d. l. Post dotem num.* 108. *& seqq ff. solut. matrim* ubi adversus hanc solam instantiam, abrogatæ scilicet *d. l.* 3. *per Nov.* 118. pugnat. Quæ etiam sententia est Anton. Fabri. *in Codice suo*, *l.* 6. *t.* 33. *de legitim. hæredib. defin.* 2. [Atque hoc argumentum in

quin-

quinque secat Forsterus. *d. c.* 4. *num.* 12. *& seqq.* quorum primo verbum Hereditatis, *in d. Nov.* positum, secundo & tertio omissionem distinctionis, quarto & quinto analogiam Juris, quod bona semel quæsita, undecunque provenerint, cum aliis consolidentur, unumque patrimonium efficiant, nec in delatione hereditatis origo acquisitionis, sed personæ acquirentis spectetur, assignat.] Et similia ferè habet Gomez. *ad l. 6. Tauri n.* 8. sed satius est, unum ex iis omnibus argumentum, quod tantò validiùs sit, extruere.

28. Altera ratio sit, quæ Forstero *in citat. cap.* 4. *num.* 19. est sexta & postrema, si in hereditate liberorum parentibus deferenda, talis distinctio, qualem Bartolus vult, facienda est, ut origo bonorum consideretur, & separatim quoque ad lineam eam redeant, a quà ad defunctum pervenerunt, consequens est, ut etiam ascendentes imparis gradus diversæ lineæ pariter admittantur, v. c. Pater & avus maternus, sive avia materna, vel mater & avus paternus, aut avia paterna. Atqui id consequens est falsum, tum ex manifestis verbis. *d. Nov.* 118. *c.* 2. tùm ex concordi omnium interpretum sententiâ. Ergò etiam antecedens falsum sit necesse est. Ratio autem consequentiæ in propositione est, tum allegata illa æquitas, quod æquum sit ad eam lineam reverti bona, à quâ provenerunt: quæ æquitatis ratio imparitate gradus non afficitur aut mutatur: tùm quòd *in d. l.* non proximitas gradus, sed tantùm origo acquisitionis, decidendi rationem, juxta Bartoli interpretationem præbet.

29. Tertia & postrema ratio sit ea, qua utitur Vasqu. *in tract. de success. tom.* 3. *qui est de successionum resolutione, libr.* 2. § 13. *n.* 11. quod in dubio amplectenda sit opinio ea, quæ multas quæstiones dirimit. arg. *l.* 1. §. *si heres.* 16. *in fin. ff. ad* SC. *Trebell.* Sicut certè nec prudentis LLatoris est, ita rem definire, ut plura ex decisione dubia oriantur, quàm per decisionem finiantur: nec periti & religiosi Interpretis, nulla necessitate cogente, ita interpretari legem; ut dubitationum potiùs materia quàm decisionis instrumentum esse videatur. Atqui ea sententia, quæ Regulam illam, *Paterna paternis, materna maternis*, respuit: & quidem tàm in successione transversalium, quàm ascendentium, multas quæstiones dirimit. Veluti, quousque se extendat ea bonorum prærogativa: an

etiam in impari gradu habeat locum: an ad acquisitionem universalem tantùm, an verò etiam ad particularem pertineat? Nec non quæstiones facti: unde qualibet bona acquisita sunt? Quam ob rationem & Reformatio Francofurt. *part. 5. tit. 3.* §. 5. distinctionem illam bonorum in lineâ transversali (nedum in paternâ) repudiat. Cujus verba, quia notabilia sunt, recitare & annotare non pigebit. Sunt autem hæc: Und wiewohl die Rechtsgelehrten wöllen und halten / daß im fall / da ein halb-geschwistrig vom Vater / an einem / und ein halb-geschwistrig von der Mutter / am andern Theil / vorhanden / und alsdenn ein Unterscheid soll gemacht werden zwischen den Gütern / welche dem Verstorbenen / vom Vater und dessen Bluts-Freunden / oder aber von der Mutter und derselben Bluts-Verwandten / zukommen und anvererbt seynd: Jedoch / dieweil solches groß Gezänck und Unrichtigkeit gebühret / auch hierinn die Beweisung etwan schwer fallen. So lassen wir es dabey bleiben / daß des Verstorbenen Verlassenschafft / die komme her wo sie wolle / für die seine gerechnet / und also ohn unterscheid geerbet werde.

30. Ex quibus omnibus patet, quàm ineptum absurdumque sit, propter auctoritatem solius Bartoli, à communi, multisque seculis citra controversiam receptâ, eâque legibus admodum consentanea sententia, nullo idoneo argumento secedentis, & aliorum Dd. sine judicio aut delectu eum sequentium numerum, hanc controversiam in eo loco numeroque habere, ut Judici in ea liceat modò in affirmativam, modo in negativam partem pronunciare, prout huic aut illi parti amicus sit aut faveat: cùm ex Juris præscripto, quod eum non aliter judicare permittit, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus est proditum; non aliter, quàm in partem negativam, & contra illam distinctionem Bartolinam pronunciare possit.

31. Breviter, & ex norma Juris, suæ supra laudatæ rationis legendi Juris controversi, hanc Quæstionem decidit Vigelius *cent.* 1. *decis. Jur. controvers. decis.* 16. his verbis: An ascendentes paterni & materni generis succedant defuncto, illi quidem in bona à patre profecta, hi verò in bona à matre profecta? Controvertitur. Pendet ex *Novell.* 118. *si autem eund.* (*cap.* 2.) ubi paterni generis ascendentes in dimidiam, & materni generis ascendentes in alteram dimidiam heredi-

tatis

tatis partem ab intestato vocantur. De cujus exceptione dubitatur, si defunctus Paterna & Materna bona reliquerit, quod dictæ constitutioni in istis bonis locus non sit. Sed cùm hæc exceptio sit controversa, nec ullâ speciali lege approbetur, non est attendenda. Accedit Mynsing. *cent. 6. observ. 55.*

Atque hæc de primo Casu pro amico, supra proposito.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES II.

An legatum ademtum esse dicendum sit per supervenientes inter testatorem & legatarium inimicitias capitales & non reconciliatas; quibus ipse testator, & non legatarius causam præbuerit?

1.

HAnc Quæstionem *casum pro amico* disertè nominat Jason. *in l. hereditas 4. C. de his quibus ut indign num. 4.* eumque ita sentientem & loquentem refert Catellianus Cotta *in memorabilib. sub verbo Inimicitia.*

2. Esse autem valdè controversam inter Dd. colligitur præterea etiam ex iis, quæ tradit idem Jason. *in l. si filiam tuam 19. C. de inoff. testam. num. 2.* ubi quidem non nominat *Quæstionem aut Casum pro amico,* itemque Hippol. Riminaldus *in princip. 1. de donat. n. 408. & seqq.* qui & ibidem indicat, Petrum Gerardi de Petra sancta id cogitandum reliquisse, tanquam cui ipse dissolvendo impar esset. Simon de Prælis *lib. 1. de interpret. ult. volunt. Interpret. 2. dubit. 2. solut. 4.* Didacus Covarruvias *in rubr. de testament. part. 2. num. 19. §. quintò ex præmissis apparet.* Franc. Mantica Cardinalis *in tract. de conject. ultimarum volunt. lib. 12. tit. 5. num. 9.* Fernand. Vasquius *in tract. de success lib. 1. de success. creatione. §. 10. num. 621. & lib. 3. de success. progress §. 27. n. 9.* Jac. Menoch. *in tract. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 37. n. 20. & seqq. & lib. 4. præsumpt. 170. n. 6. & seqq.* Joseph. Ludovicus *in commun. concl. sub. tit. de adimendis legatis. conclus. un. ampliat. 13. declar. 3.* Josephus Mascardus *in tract. de probat. vol. 3. conclus. 1287.*

legat.

legat. revocatio, ex quibus inducatur & probetur. n. 143. *& seqq.* & Glossatores (additionatores) *ad singularia Ludovici Romani. sing.* 199. [Qui omnes adhuc plures alios in utramque partem citant.]

3. De qua Quæstione, ut rectè judicemus, meminisse debemus: Certi Juris esse, tàm legata, quàm fideicommissa nudâ voluntate adimi posse; & quidem voluntate non tantùm expressâ, sed etiam tacitâ atque præsumpta, veluti in Specie, si post legatum aut fidei commissum testamento alicui adscriptum, capitales aut gravissimæ inimicitiæ inter testatorem & legatarium intervenerint. Talibus enim inimicitiis interpositis, ademptum videri id, quod relictum est, Textus est expressus, *in l.* 3. §. *ult. ff. de adim. legat.* cum qùo concordat. *l. si inimicitia.* 9. *in pr. ff. de bis qua ut indig. auf.* ubi idem Ulpian. qui & *d. l.* 3.
" auctor est, inquit: Si inimicitiæ capitales intervenerint inter lega-
" tarium & testatorem, & verisimile esse cœperit, testatorem noluisse,
" legatum sive fideicommissum præstari ei, cui adscriptum relictum
" est: magis esse ut legatum ab eo peti non possit: quia sc. repellitur per doli exceptionem. *l.* 3. §. *ult. de adim. legat.* & ob id ipsum legatum remanet penes heredem; non acquiritur fisco: quia tunc demùm fiscus vocatur, cùm legatum *delatum est* legatario. Ab hoc enim defertur cum effectu. Gujac. *h. in recit.* Idque adeò verum est, ut licet testator post inimicitias illas ortas codicillos fecerit, nec in iis legatum aut fideicommissum legatario ademerit, nihilo tamen magis debeatur, exemplo, & *arg. l.* 31. §. 2. *pen. ff. de admin. leg.* quod & singulariter volunt Cotta *d. l. in princip.* Mantica *d. lib.* 12. *tit.* 5. *num.* 2 Mascard. *d. conclus.* 1287. *num.* 138. Menoch *de præsumpt.* 170. *num.* 4. Hoc tantùm addunt LL. nostræ, quod si iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit testatorem prioris offensæ, legatum vel fideicommissum relictum redintegretur, ut ex eodem Ulpian. relatum est *in leg.* 4. *ff. d. t. de adim. leg.* Id quod quidem propriè exceptio non est, nisi in Regulâ ademptio cum affectu accipiatur; Reconciliatio enim superveniens non facit, ut non ademptum sit, & pro non adempto habeatur. Dubitationis tamen tollendæ causà Quæstionem propositam specialiter concepimus de inimicitiis non reconciliatis. Quamvis ipsum verbum ademptionis tàm propriè (neque enim hic redintegrationi locus est) quàm cum effectu accipiamus.

4. Verùm huic doctrinæ Juris, *in d. l.* 3 §. *ult. junct. l* 4. *ff. de adim.*

adim leg. & *l.* 9. *princ. ff. de his, quæ ut indign.* propositæ, de legati propter inimicitias supervenientes ademtione, Bartolus vult adjici Exceptionem hanc. *Nisi inimicitia absque culpa legatarii extiterint.* in interpretatione *l. cum secundis tabb.* 16. §. *quoniam* 1. *ff. de his quæ ut indign.* Cujus §. summam tradit hanc: *Inimicitia inter legatarium & testatorem provenientes absque legatarii culpa, eum legatò non privant.* Et mox subjicit: *Nota hunc casum ad limitationem, l.* 3. § *fin. sup. de adim. leg. ut quod ibi dicitur, quòd propter inimicitias revocetur legatum, sit verum, si inimicitia intervènerint culpâ legatarii: secus si sine culpâ, ut hic; quod tene mente.*

5. Ante Bartolum, qui hanc sententiam tenuerit, nemo nominatur, sed ipse Bartolus primus eam, perinde ut & in superiore Quæstione, tradidisse scribitur. Quod inprimis notat Jason. tùm *in d. l. si filiam.* 19. *n.* 2. *C. de inoff. testam.* cum inquit; Alii ibi nihil tan" gunt: nec invenio alibi adhuc tactum; tùm *in l. hereditas.* 4 *n.* 3. " C. *de his quib. ut indign. auf. hered.* cùm inquit: Ita singulariter so" lus Bartolus, nec alibi legi: nec invenio, quod aliquis mentionem " de eo faciat, vel approbando, vel reprobando.

6. Bartolum deinde secuti sunt alii multi, quos recensent Cotta *in memorabilib.* Riminaldus *in Instit.* Prælis *in tract. de Interpret. ultim. vol.* in locis supra nominatis: Qui & ipsi (Cotta scil. Riminaldus & Prælis) sententiam Bartoli & sequacium à se laudatorum amplectuntur, quibus & Barbatium addit Menoch. *de præsumpt.* 37. *n.* 22. Adeò, ut Riminaldus *num.* 412. *in fin.* de suo tempore dicat; Bartolum plures sequaces habuisse, contradicentem verò neminem, excepto Jasone & Johan. de Amicis, & Franc. Ripâ, ac propterea eam opinionem Bartoli, tanquam communem laudat cum Cotta *in memorabil. d. loc.* quam & communem fatetur Menoch *d. num.* 22. licet dissentiens.

7. Fundamentum hujus distinctionis atque exceptionis, ponit Bartolus in *d. l.* 16. §. 1. *ff. de his quæ ut indign.* cujus eum sensum & scopum esse putat, quem supra ipsis verbis indicavimus.

8. Fundamentum certè inutile & nihili. Etsi enim de vera & genuina ejus § interpretatione vehementer laborent Interpretes: ut & Cujac. *lib.* 5. *obs.* 6 profiteatur, suo tempore nondum à quoquam eum paragraphum benè aut restitutum, aut explicatum esse. & post Cujac. etiam *Ant. Faber, lib.* 3. *conject.* 14. sententiam ejus obscurissimam & à

F nemi-

nemine hactenus rectè explicatam dicat: Et utriusque (Cujacii, inquam, *in d. obs.* 6. itemque in Papinian. *lib.* 8. *Respons. in not. ad d. l.* 16. §. 1. *& in recitat. ad titul. de his quæ ut indign. l.* 9 & Anton. Fabri *d. cap.* 14) diversæ atque pugnantes interpretationes sint, & cum neutra etiam conveniat explicatio Detlevi Langebekii *in annot. cap.* 31. Eam tamen sententiam, quam Bartolus loco illi affingit, nemo unquam ex verbis ejus paragraphi, ullâ arte eruet aut evincet; cui etiam magis Accursii interpretatio mirè contorta atque erronea, quàm ipse legis textus occasionem præbuit, ut rectè observavit Anton. Faber; qui & illud verissimè; Nihil incommodius & à mente Papiniani alienius excogitari posse, quam sit illa Bartoli commentatio. Quod & facilè apparebit cuivis, verba paragraphi legenti, maximè, si & interpretationes Cujac. Fabri, Langebekii adhibeat: quæ utut in nonnullis discrepent, in principali tamen, ipsoque scopo legis concordant; nimirum id quod Concubinæ relictum est, non auferri tanquam indignæ, eò quòd cum ea non contrahatur stuprum.

9. Error autem potissimùm ortus est ex verbis paragraphi illis: *Quæ se non Patroni concubinam esse patitur.* Quorum sensum hunc putavit esse Accursius, quasi *Patronus* libertam concubinam suam esse voluisset: liberta autem noluisset; quia scilicet Patronus, ut ille fingit, adhuc aliam concubinam habuit. Imo *ipsam libertæ matrem cognovit:* Undè ex parte libertæ summa odii causa adversus Patronum, tantum facinus attentantem: ac proindè inimicitia capitalis inter libertam & Patronum, ut Riminald. *num* 413. pomposè & graphicè, quasi interfuisset, (ut Senec. in natural. quæst. loquitur;) exponit. Quia verò in *d. l.* definitur, non denegari Concubinæ actionem ejus, quod ipsi testamento relictum fuit. Quod vulgò relictum putant libertæ à Patrono, qui eam in Concubinam expetierat, ob id valdè indignatam; ejus rationem decidendi Bartolus & sequaces, existimant esse hanc, quod offensa illa & capitalis inimicitia contigerit facto & culpâ Patroni, non autem libertæ, ut Riminaldus *d. l.* disertè tradit. Cujus tamen decidendi rationis ne ullum quidem in totâ lege vestigium est. Et verba illa hoc volunt: Non tantùm cum eâ muliere, quæ Patroni sui concubina est, stuprum non committi: quod minus dubium est:

ex

ex l. pr. inf. ff. de Concubin. l. 41. §. 1. *ff. de R. Nupt.* sed ne quidem cum eâ, quæ alius, quàm Patroni concubina est, sive, quæ non Patroni concubinam se esse patitur: ut sic partic. Negativ. NON, non pertineat ad verbum *patitur*: sed ad nomen *Patroni*: ut intelligatur concubina cujusvis alius, quàm Patroni: & fiat pronunciatum non negativum, q. d. *liberta se Patroni concubinam esse non patitur*: sed infinitum, ex parte subjecti: hoc sensu, *liberta se non-Patroni concubinam esse patitur*: vel, liberta sive mulier alterius, quàm Patroni (ut est *in l.* 41. § 1. *ff. de R. N.*) concubina est. Quod non observatum, præcipuam errandi occasionem præbuit.

10. Quin etiam, si vel maximè non tam aliena à verbis & mente Papiniani Bartolina sententia esset; tamen vel propter illam ipsam tantam legis obscuritatem, pro fundamento hujus doctrinæ tàm confidenter obtrudi; aut tàm avidè arripi & haberi non deberet: nec ad Jus certum atque apertum limitandum & restringendum adduci. Certa enim ex incertis, indubia ex dubiis corrigi, aut declarari, non est rationi consentaneum.

11. Præter hoc fundamentum, cui Bartolus opinionem suam superstruxit: adducunt ejus adstipulatores etiam rationes quasdam alias: sed omnes tales, quæ quidem rei per se certæ atque probatæ, fortassis ornamenti causâ accedere possent: sed ad rem dubiam atque incertam probandam, aut evincendam, vim omninò nullam habent; longequé faciliùs refutari, quàm ad veritatis & consequentiæ speciem aliquam conformari queunt, quæ videri possunt apud Gottam & Riminaldum, in locis supra indicatis. [Quorum refutatione nos brevitatis causà supersedemus; maximè, cùm ineptum ac propè fatuum sit, fatuas rationes operosè & cum curâ refellere, ut post Arist. *l.* 3. *de part. animal. cap.* 3. monent Arnobius *lib.* 1. *advers. Gentes*, & Lactantius *libr.* 1. *cap.* 6. *de opificio Dei.* & ex nostris, Cujac. *in obs.* & Rittersh. *in Comm. ad Salvianum Episcopum Massiliensem.*]

12. Cæterum, hanc Bartoli opinionem non receperunt Jason. Joan. de Amicis, Ripa, Covarruvias, Mantica, Vasquius, Menoch. in locis supra citatis: qui & plures alios laudant; ut & Joseph. Ludovicus loc. supr. cit. qui hanc Bartolinæ contrariam sententiam veriorem & communiorem esse dicit: Quem refert & sequitur

Mascardus *d. concl.* 1287. *num.* 144. & 145. [Cujac. *in recit. ad tit. de adim. legat. L.* 9. *princ.* Igitur, si *testator* legatarium capitis accusavit, ademptum videtur legatum. Quid, si è contrario legatarius testatorem capitis accusaverit? Ex hac etiam specie non vocabimus fiscum, sed dicemus, legatum remanere apud heredem *l. pen.* § *Seia* 3. *d adim. legat.* De Anton. Fabri sententiâ patet ex supr. dictis.] Inprimis verò eam impugnavit Jason in utroque loco supra indicato: quod quidem fecisse seputavit primum & ante omnes, cùm *in l.* 4. *C. de his qua ut indign.* profiteatur, se neminem vidisse, qui mentionem de eo faciat, vel approbando vel reprobando: sed pariter id etiam fecit Joan de Amicis, qui in *Consil.* 4. ubi latè contra Bartoli opinionem disputat, se decem annos antequam vidisset Jasonem, eandem cum eo sententiam excogitasse & recitasse dicit: ut refert Riminaldus *loc. sup. cit. n.* 411.

13. Impugnant autem illam Bartoli opinionem ita, ut eam non ad fontem *d. l* 16 §. 1 *ff. de his qua ut indign.* revocent, ipsumque adeò fundamentum diligenter examinent: nisi quòd quasi obiter dicunt, illam legem loqui de inimicitiis, multò minus in specie de capitalibus inimicitiis, ac proinde non posse esse fundamentum hujus opinionis: sed illum locum tanquam dubium & obscurum, & per Glossam satis favorabiliter in Bartoli sententiam explicatum, quasi in medio relinquunt. Interim argumentis aliis contra eam pugnantes; quæ cùm non ita difficulter aut refutari, aut certè responsione aliquâ eludi possint; factum inde, ut adversus auctoritatem Bartoli, apud ejus admiratores, non satis ponderis momentique haberent; nec auctoribus ipsis omninò satisfacerent: non habituris alioquin hanc quæstionem in numero Casuum pro Amico.

14. Primum argumentum desumitur ex *l.* 4 *ff. de adim leg.* ubi cum dicatur, *pœnituisse testatorem prioris offensa*: id significari putat Jason; quod ipse testator intulerit offensam, seu legatarium offenderit, adeoque causa inimicitiarum fuerit. Verum rectè notavit Cotta, verbum *Offensa* indifferens esse, & in utramque partem intelligi posse: ideoque firmam ex eo loco consequentiam non esse. Quem etiam sequitur Riminald. *num.* 415. Et observare est, ex collatis locis Juris nostri, ubi hujus verbi mentio fit, Offensam autho-

thoribus nostris esse, Animo hærentem indignationem, & iram ex alicujus malo merito conceptam: ut notat Brisson. *lib.* 13. *de V. S.* [facit huc *l.* 2. *ff. de his quæ in testament. del.*] Itaque pœnitere offensæ testator dicitur, non modò, cùm eum pœnitet offensæ, seu injuriæ, quam ipse alteri fecit, sed etiam, quando injuriam ab alio sibi illatam, condonat, & indignationem ex eâ conceptam remittit. Ineptum autem est, quod præterea adjicit Riminald. *d. l.* 4. cum præced. *l.* 3 §. *ult.* oportere accipi de causâ inimicitiæ & offensæ ab ipso legatario profectâ: quia si testator ei causam præbuisset, adimendo legatum, malum malo adderet, quod esse non debeat; Cujus argumenti facies est hæc: Non debet adimere legatum. Ergò non adimit.

15. Secundum argumentum ejusdem farinæ est; desumptum ex *l. ex part.* 22. *ff. de adim. leg.* in verbis: *eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, præteriit.* Cujus argumenti infirmitatem ipse quoque Jason agnovit & fassus est, adnectit autem eidem, quòd ipse quoque Bartolus in interpretatione d. leg. circa heredis quidem Institutionem, at non etiam circa legatum distinguendum esse tradat, adeoque à seipso dissentiat: quod etiam notat Mantica *d. lib.* 12 *tit.* 5. *num.* 9. Quod refutationis genus Philosophi vocant κατ᾽ ἄνθρωπον, ad hominem. Cotta solutionem quæsivit in verbo *Prosequutus* seu *Persecutus*, quod hîc passivè accipiendum esse ait, quasi testator à legatario gravissimis inimicitiis persecutus sit: Riminaldus autem in verbo, *gravissimis*: quasi non soleat gravissimas inimicitias gerere, qui causam iisdem præbuit. Uterque ineptè: Ille, elegantiam sermonis, citra necessitatem (neque enim sequitur gravissimis inimicitiis persecutus est legatarium: Ergò citra legatarii culpam, solâ malevolentiâ, testator eum inimicitiâ persecutus est) contorquens & depravans; hîc verò, dubium per æque dubium, insigni principii petitione probans: cùm, ut est apud Tacitum, *in vitâ Agricolæ*, proprium humani ingenii sit, odisse quem læseris.

16. Tertium argumentum est, quod ademptio legati non dependeat à merito aut innocentiâ legatarii, sed à nuda voluntate testatoris, quem lex præsumit, propter gravissimas inimicitias supervenientes, voluntatem mutasse, & adimere legatum voluisse.

Atqui eadem voluntatis mutatæ causa, æquè præsumitur in casu inimicitiarum, culpâ testatoris contractarum: idque vel tanto magis, quod, ut diximus, proprium humani ingenii est, odisse quem læseris. Hoc argumento cùm usus esset Jason tantùm *in l. 19. C. de inoff. testam.* & non etiam *in l. 4. C. de his quæ ut indign.* inde occasionem sumsit Cotta, ut id dissimularet, siccoque transiret pede. Riminaldus autem ineptè respondet: in tali casu præsumi non mutatam voluntatem, ob non mutatum testamentum: in altero autem casu, quo legatarius causam præbuit, præsumi voluntatem mutatam, etiamsi aliud testamentum non fuerit conditum. Rationem differentiæ si quæras: silentium pro ratione est. Estque hoc argumentum optimum omnium eorum, quibus Jason utitur, quod & in præcipuis habent Covarruvias, Vasquius, Mantica, Menochius *in loc. supr. laudatis.*

17. Quartum & Quintum argumenta desumuntur ex loco à paribus; quod sc. etiam in excusatione tutoris, propter inimicitias, nihil referat, cujus culpâ illæ extiterint, sed satis sit, esse inimicitias, itemque quòd testis propter graves & capitales inimicitias, repellatur à testimonio, etiamsi eæ vitio ejus, contra quem testis producitur, ortæ sint, ut ipsa Glossa & Dd. tradunt. Ac proinde etiam hic non esse distinguendum, testatorne, an legatarius inimicitiis hisce causam præbuerit. Hæc argumenta Riminaldus silentio præterit; Cotta verò nullam idoneam disparitatis rationem reddit.

18. Præter illa quinque argumenta Jasonis, Fernand. Vasquius *in d. tractat. de successionibus tom. 2 qui est de successionum progressu. lib. 3. §. 27 n. 9.* etiam adducit *l. 2. & 3. de his quæ in testam. del.* ubi testator omnium heredum nomina induxisse proponitur, expressè protestatus, se id ob unius malum meritum facere: & tamen deciditur, non prodesse reliquis cœhæredibus innocentiam, quò minùs & ipsi hereditatis emolumento excidant; sed sufficere, quod vel propter unius culpam testator voluntatem mutaverit. Quem textum Vasquius pro hac parte elegantem esse dicit, nec se meminisse ait, eum ab alio aliquo allegatum esse. Certè elegans magis est, quàm validus. Ad hanc enim quæstionem nostram nec pertinet propriè; nec facilem aut justam consequentiam suppeditat; eò, quod in dubio, heredem innocentem, cujus nomen inductum est, ad hereditatem admittat; nisi probetur, testato-

ſtatorem non minùs eum, quàm alterum nocentem, ab hereditate excludere voluiſſe. [Nos autem hic quærimus, an teſtator præſumatur adimere voluiſſe legatum & præſumtionem ſumimus ex inimicitiis capitalibus aut graviſſimis, inter legatarium & teſtatorem ortis. At dictus textus nec præſumptionem illam inſinuat: nec de cauſa præſumptionis, inimicitiis nimirum capitalibus aut graviſſimis loquitur. Sed & aliud adhuc argumentum pro ſententia Jaſonis adducit Catell. Cotta, *in d. verb. Inimicitia verſic. Quintò ultra præceptorem.* Aliud Riminald. *in d. pr. l. de donat. n.* 410. *verſic. Quartò ultra ipſum.* Sed leviora ea ſunt, quàm ut recitari mereantur.]

19. Joſeph. Maſcard *in vol. 3. de Probat. ſub concluſ.* 1287. *legati revocatio ex quibus inducatur & probetur. n.* 145. huic tantæ difficultati mederi voluit *diſtinctione* aliquâ, quâ pugnantes iſtæ Dd. ſententiæ in concordiam redigantur. Diſtinguendum, inquit, eſſe, An legatarius cauſam inimicitiæ à teſtatore datam acceptaverit, & ſe ex ſua parte inimicum oſtenderit: an verò cauſam eam ſive injuriam ſibi à teſtatore illatam, non acceptaverit, ſed diſſimulaverit, nec inimicitiæ aut offenſionis indicium præbuerit. [Veluti ſi Teſtator rem habuerit cum Uxore] Priore caſu Jaſonis opinionem, quam & magis communem nominat, locum habere ait: poſteriore verò Bartoli opinionem tenendam eſſe, ſtatuit. Eamque diſtinctionem, ut conſonam æquitati commendat.

20. Hic, ſi vulgatam Dd. ſententiam ſequimur, confectam rem habemus: nec facere poſſumus, quin Maſcardi diſtinctionem pro ſolidâ deciſione hujus Quæſtionis controverſæ amplectamur. Ajunt enim, ubi dubiæ ſunt opiniones, illam ſequendam eſſe, quæ alias conciliat, ad concordiamque reducit: opinionem conciliatricem, in conflictu opinionum adeò amplectendam eſſe, ut etiam communi ſententiæ generaliter loquenti præferenda ſit: ut videre eſt apud Riminald. *in d. pr. I. d. donat. n.* 13. & 14. Menoch *lib. 2. præſumpt.* 71. *n.* 47. Grevæum *lib. 2 pract. Concluſ. 27. conſid. 2. n.* 5. & 6. alioſq; complures ab his citatos. Atque adeò ex regulis iis, quas Dd. in jure controverſo dijudicando, obſervandas eſſe tradunt, hæc videtur omnium certiſſima eſſe, quâ dicitur: Per diſtinctionem opiniones contrarias ad concordiam redigendas eſſe, & eorum opinionem, qui diſtinguunt, cæteris præferendam, ut notat Vigelius *in rat. legend. Jur. controv. col.* 3.

12. Ve-

21. Verum, hanc quoque Regulam erroneam esse, rectè prudenterq; ibidem docet Vigelius: Utcunque, inquit, regula hæc omnium
" certissima videatur; tamen negari non potest, ipsas distinctiones
" sæpe æquè incertas esse, ac Jus ipsum, cui distinguendo adhibentur:
" & in hujusmodi distinctionibus sæpè satis constare non potest, quid
" regulariter, quid per exceptionem verum sit: quod utique non est
" ignorandum, si certam Jurisprudentiam habere velimus. Ut interim
" taceam, per hujusmodi distinctiones Jus quodammodò reddi infini-
" tum. Vereor item, ne ex incerto fiat incertius. [Nam apud Ga-
" brielium sæpè videre licet, Iuris controversi utramq; partem distin-
" gui, hoc modo: si placet hæc opinio, tunc distingue sic: sin illa, tunc
" ita distingue &c. At videtur absurdum, distinctionibus uti, antequam
" de regula conveniat: cùm distinctio sit Regulæ distinctio. Ideoque
" si regula incerta est, distinctiones certæ esse nequeunt: Cùm acces-
" sorium sequatur naturam sui principalis. Hactenus Vigelius.]

22. Hæc certè distinctio Mascardiana, quâ de nunc loquimur tùm omnibus istis vitiis, quæ Vigelius notavit, laborat: tùm verò etiam ab ipsa regula aberrat. Regula enim, sive traditio Dd. est, de inimicitiis iisque gravissimis aut capitalibus, inter testatorem & legatarium ortis: distinctio autem est, de non ortis inimicitiis, sed tantùm causâ inimicitiarum præbitarum à testatore, quæ tamen effectum sortita non sit.

23. Videmus itaque, Quæstionem hanc propositam, tàm difficilem, scrupulosam, atque arduam visam fuisse: ut non modò Dd. in diversas partes abierint, nec satis discerni possit, utra opinio sit communior: sed etiam ipse Jason, qui Bartoli opinionem certo fundamento destitutam esse agnovit, eamq; tot argumentis impugnavit, ac pro falsa habuit; nihilominus tamen *casum pro amico* esse dixerit, in quo Judex pro lubitu suo, in quam velit partem inclinare, atque amico gratificare possit: & Cotta quamvis Jasonem ut præceptorem suum valdè extollat, atque veneretur, nec ad ejus argumenta quicquam ferè aliud respondeat quàm quòd non tacet; (juxta illud D. Augustini: Facilè est cuique videri respondisse, qui tacere noluerit.) tamen necessitate, cui etiam Dii pareant, coactus esse videri velit, ut ab ejusdem sententia discessionem faceret: & denique etiam Mascardus non aliter, quàm in distinctionis tàm ineptæ & frivolæ latebris, se tutum esse posse

posse existimaret. [Id quod factum ex eo potissimùm est, quod *l. 16. §. 1. ff. de his quib. ut indign.* in quâ sententiæ suæ fundamentum Bartolus posuit, non intuerentur & expenderent diligenter: sed quasi clausis oculis, sopitoque ingenio & judicio, simpliciter confragosæ & contortæ interpretationi Glossæ adhærent. Ut huc accommodari possit illud Lucretii *lib. 2.*

Quid dubitas quin omne sit hoc rationis egestas?
Nam veluti pueri trepidant, atq; omnia cæcis
In tenebris metuunt; sic nos in luce timemus
Interdum, nihilo quæ sunt metuenda.

Et Psalm. 14. *v.* 5. Trepidaverunt timore, ubi non erat timor, h, e. timuerant, ubi non erat timendum.]

24. Nos, normam Juris & rationem supra ex Vigelio traditam, secuti; simpliciter dicimus: Cum Regula illa certi Juris sit, ob supervenientes inter testatorem & legatarium inimicitias capitales aut gravissimas, legatum intelligi ademptum: nec Exceptio illa, sive distinctio Bartoli, *si inimicitiæ culpâ testatoris ortæ sint*, ullâ lege, imò nec ratione ullâ idoneâ, probetur; quin etiam manifestè super fundamento falso irritoque extructa sit; ac præterea etiam non recepta communi Dd. consensu: Exceptionem eam simpliciter rejiciendam; Regulam autem generaliter, ut est, retinendam, ac in judicando consulendoque sequendam esse.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES III.

An existente suo herede, qui nondum se immiscuit, curator hereditati tanquàm jacenti dari possit: & an eo casu si quis tanquam contra hereditatem jacentem agat, succumbat?

1.

De hac Quæstione ita docuit Baldus. *ad l. cum hereditas. 9. ff. depos.* Nota; Glossa dicit, ubi est suus heres, ibi nun- "

quam

" quam jacet hereditas : & ideò non poteſt Curator dari heredi-
" tati : & non valet proceſſus factus , tanquam contra hereditatem
" jacentem , quia exiſtentia ſui heredis , inducit continuationem do-
" minii , ſine aliquo medio. Quanquam multa argumenta poſſint
" in contrarium adferri, tamen ita dicit Gloſſa ordinaria, cujus aucto-
" ritas omnes alias tollit.

2. De quâ doctrinâ Baldi , non tantùm Alexand. Imolenſis *in additionib. ibid.* ſe multum dubitare profitetur ; ſed etiam Paulus Caſtrenſis in interpretatione ejusdem Legis , poſtquam expoſuiſſet
" ſententiam Baldi , ſubjicit : Breviter, non puto hoc eſſe verum :
" quia propter beneficium abſtinendi , quod habet filius in pote-
" ſtate , ex Edicto Prætoris , redigitur ad inſtar emancipati. *Vt l.*
" *nam nec emancipatus.* 89. *de leg.* 1. ſed ſi eſſet delata emancipa-
" to , diceres jacere. Ut patet in Gloſſa, Ergò & nunc. Et ſic
" benè poterit dari Curator , & valebit datio, quicquid dicat Baldus :
" cujus dictum eſt potiùs inutile , quam utile.

3. Jaſon autem , cùm *in Rubrica ff. de A. vel A. H. num.* 7. Baldi doctrinam probare videatur : *in l. in ſuis.* 11. *ff. de libb. & poſtb. n.* 10. rem in dubio relinquit , & *Caſum pro amico* eſſe dicit , ſic enim
" ſcribit : In ſuis non eſt dare hereditatem jacentem : ut eſt gloſſa
" valdè notabilis. *in l. cum hereditas.* 9. *C. depoſ.* quam Baldus ibi
" multum notat , & ex ea infert ad Practicam , quòd ſi tunc quis
" ageret contra hereditatem jacentem , ſuccumberet. Nec tunc
" quis poteſt dari Curator hereditati jacenti , quia exiſtentia ſui
" heredis , inducit continuationem ſine aliquo medio : ut hoc textu,
" & ſequitur etiam Aretinus hîc, quod valdè nota. Contrarium ta-
" men , quod exiſtentibus ſuis , poſſit dari Curator hereditati jacenti,
" tenent Salicetus & Paulus de Caſtro , *in d. l. cum hereditas.* Et eſſet
" ratio pro amico.

4. Cæterùm , quòd non tantùm Caſtrenſem , ſed etiam Salicetum ut diſſentientem allegat Jaſon : ſciendum eſt, Salicetum non tàm diſſentire , quam indicatis in utramque partem rationibus , rem in medio relinquere, nec dubium diſſolvere : verum hoc ſolum addere , ſi caſus ejusmodi de facto contingat , ut poteſt contingere frequenter ; cautelam eſſe pro Creditore , qui tutò agere , & extra periculum eſſe velit , ut ſuum heredem rectè conveniat : quia tum ſuus

he-

heres, si condemnari nolit, necesse habiturus sit, ut vel abstentionem alleget, vel certè sese adhuc deliberare dicat, an heres esse, cum effectu scilicet, h. e. hereditati se immiscere velit. Cùm verò deliberare sese dicit, tum uti eum jure suo & beneficio sibi concesso; & posse creditorem facere, ut interim Curator hereditati tanquam jacenti detur.

5. Ex his itaque patet, tùm Glossæ, tùm aliorum magni nominis Dd auctoritates & opiniones contrarias, & hanc Quæstionem inter valdè dubias, atque tales, in quibus pro utravis parte, in amici favorem, judicari possit, habitam esse.

6. Et certè ne hodiè quidem satis constat, utra pars majore suffragiorum numero comprobata receptave sit. Etsi enim affirmativam sententiam, quod scilicet eo casu Curator hereditati tanquam jacenti dari possit, pro communiore habeant, Anton. Piagg. *in tract. de Tutore & Curatore. quæst. 2. num.* 43 quem etiam refert & sequitur Hilliger. *in D. E. lib. 3. c. 23. lit. A.* Sichard. *in Commun. ad Cod. in d. l. 9. depos.* ubi hanc Quæstionem ut pulchram & subtilem laudat, & Baldum errare dicit Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. caus. cas.* 150. *num* 6. *& seqq.* Paulus Montanus, *in tractat. de jure tutelarum. c.* 28, *num.* 57. Anton Faber, *in tractat. de error. pragm. decad. 3. error.* 2. Tamen vicissim Negativam pro communiore habere videntur Vasquius *in tractat. de success. tom.* 1. *qui est de success. creat. lib. 2. §* 19. *num.* 32. Forster. *in tractat. de success. lib. 2. c. 8. per tot.* Vivius *in decis. Neapolit.* 347. *num.* 1. quem refert Grevæus *lib. 2. pract. conclus.* 130. *in coronide. num.* 3. ipse rem indecisam in medio relinquens.

7. Nec huic incommodo medetur distinctio illa, inter casum quo de favore sui heredis, & inter casum, quo de ejusdem damno agitur: quam quasi diversarum illarum opinionum conciliatricem ex Nattâ & Paciano adducit Grevæus *d. loc. num.* 5. *tùm*, quia illa distinctio æquè dubia est, ac ipsa Quæstio, ut Grevæus ibid. agnoscit: *tùm* quia non ad hanc Quæstionem specialem, de Curatore hereditati dando, cùm suus heres à Creditoribus convenitur, sed tantùm ad quæstionem generalem, an suus heres pro herede habendus, & hereditas pro agnitâ habenda sit, pertinet. Neque potest ullus favor sui heredis agnosci, quando à Creditore paterno con-

venitur: de quâ specie in hac nostrâ quæstione sermo est. Quæritur enim, an, quando Creditores hereditarii convenire volunt suum heredem, qui nondum sese immiscuisse deprehenditur, hereditas pro jacente habenda, & Curator ei dandus sit, qui Creditorum actiones excipiat?

8. Ex hac igitur tantâ dubitatione & controversiâ ut rectè nos expediamus; nosse debemus, Jure Cli suos heredes, sive ex testamento, sive ab intestato, ita heredes esse, ut non ullo aliquo suo facto opus habeant, ut heredes fiant: sed protinus à morte parentum, in quorum morientium potestate fuerunt, ipso jure sint heredes, & clausis adhuc testamenti tabulis, etiam ignorantes & inviti: ita, ut non possint non esse heredes: propter quam causam etiam appellantur heredes sui & necessarii, ut notum est ex ipsis Institutionibus. § *sui autem* 2. *de hered. qual. & diff.* & § *sui autem.* 3. *de hered. quæ ab intest. defer.* cum quibus locis concordat *l in suis* 11. *ff. de liber. & posthum. l. in suis.* 14. *ff. de suis & legitim her. l.* 3. *C. de Jur. de lib.* cum locis similibus.

9. Quoniam verò id sæpenumerò, cum damno atque etiam cum ignominiâ quadam liberorum conjunctum erat: Jure Prætorio introductum est, Jus abstinendi: ut liceret liberis si vellent, hereditatem Patris derelinquere, sive ab eâ abstinere; ut sic potiùs Parentis, quàm ipsorum bona à Creditoribus possiderentur. *d.* §. 2. *vers. sed his Prætor. I. de hered. qual. & diff. l necessariis.* 57. *ff. de A. vel. O. H.* Neque ad hanc abstentionem opus habent ullâ testificatione, sive judiciali, sive extrajudiciali: sed sufficit, si se non immisceant hereditati Paternæ, h. e. dum non gerant tale aliquod negotium, quod in extraneo herede induceret pro herede gestionem. *l. ei qui se* 12. *de A. vel O. H. l.* 1. *C. si min. ab hered. se abstin.* licet majoris securitatis causâ, testatio & possit, & soleat adhiberi. *l. pro herede* 20. §. 1. *d. t. de A. vel O. H. l. & si quis.* 14. §. *plerique filii.* 8. *ff de Relig. & sumtib. fun.*

10. Hæc autem abstentio etsi non faciat, ut non sint heredes *l.* 1. §. *qui sunt in potestate.* 7. *ff si quis omiss. caus. testam. l. cùm quasi* 30 §. *sed etsi.* 10 *ff. de fideicom. libertat. l. ita tamen* 27. §. *si Pater* 3 *ff. ad SC. Trebell. l sciendum est.* 32 *ff. de manum. testam.* cum, qui semel heres extitit, non possit desinere heres esse. *l. ait Prætor.* 7. §. 10.

§. 10. *ff. de Minorib. l. ei qui solvendo.* 88. *in fin. ff. de hered. Instit.* ficut neque facere heredem poteſt. Prætor. §. *quos autem.* 1. *l. de bon. Possess.* Facit tamen ut fine effectu, nudo tantùm nomine fint heredes. *l. 2. §. sed si sint sui* 8 *ff. ad SC. Tertull. & si ex modica.* 6. §. *filius* 2. *de Bonis libert.* & Jure Prætorio heredum loco non habentur. *l. si filius.* 2. *ff. de interrogat. in jur. fac.* & idem consequantur, quod emancipati, qui hereditatem repudiaverunt. *l. pro hered.* 20. §. *pen. ff de acqu. vel om. hered.* Sicut & ipsâ permissione abstentionis, Prætor manifestum facit, jus se in personâ eorum, qui in potestate fuerint, tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis habuissent. *l. Nam nec emancipatus.* 89 *de legat.* 1. Undè etiam fit, ut si se immisceant, adire videantur & dicantur, *l. si duo.* 38. *ff. d. t. de A. vel O. H l. si filius.* 10. *ff. de Collation. l.* 4. C. *de Instit. & substitut l. ult.* C *de repud. vel abstin. hered.* & Jus deliberandi ipsis competat, antequam sese immiscuerint; quod propriè quidem & respectu Juris Civilis est, deliberare, an hereditatem paternam retinere, an verò derelinquere; Impropriè verò & ratione Juris Prætorii, an adire, an verò repudiare hereditatem velit *l.* 8. *l.* 9. *ff. de Jur. deliber. l. cùm in antiquioribus.* 19. C. *eod. tit.*

11. Quibus ita probè consideratis, intelligitur in casu existentis sui heredis, *propriè* quidem nunquam posse dici, hereditatem jacere, vel vacantem esse, adeoque nec Curatorem hereditati et tanquam jacenti dari posse: eumque qui præcisè contra hereditatem, ut jacentem agat, succumbere debere. At verò *impropriè* & laxius, ad effectum magis, quam ad ipsam ἀκρίβειαν & accuratam loquendi rationem, si verba referamus, nihil prohibere, quo minùs etiam in casu existentis sui heredis, dum is deliberat, an abstinere, an verò retinere hereditatem paternam velit, aut certè, quamdiu nondum se immiscuit, hereditas paterna pro jacente hereditate habeatur, & jacens appelletur: adeoque & Curator hereditati ei, interim, dum suus heres deliberaverit, voluntatemque suam declaraverit, detur: Sicut dari solet interim, dum extraneus heres deliberat, velit ne adire hereditatem, nec ne *l.* 3 *ff. de Curat. furios. l. Idem.* 22. §. 1. *ff. de reb. auctor. Jud. possid.* quæ aliàs est *l.* 7 *de Privileg. Credit.* Quibus addi possunt, quæ de Curatore hereditati jacenti dando,

tradit Gail. *lib.* 2. *Obs.* 130. *per tot.* & de ipsâ existentiâ heredis. *Obs.* 128. *per tot.*

12. Et de hac quidem decisione. tantò minus dubitationis aut controversiæ debebat esse apud Dd. quòd uno quasi ore tradunt, in hoc casu existentis sui heredis, cùm Creditores intendere actiones volunt, non incumbere filio probationem abstentionis, seu quòd heres non sit: sed Creditoribus probationem immistionis, seu quod heres ille sit, ut videre est apud Interpretes communiter. in *l. necessarius.* 57. *ff. de A. vel O. H.* Castrensem. *in l. si cum dotem.* 22. § *transgrediamur.* 12. *n.* 3. *ff. solut. matrim.* Manticam. *in tract. de interpretat. ult. volunt. lib.* 12 *t.* 10. *n.* 2. Gail. *lib.* 2. *Obs.* 128. *per tot.* Tiraquell. *in tract. le mort. saisit le vif. part.* 7. *declar.* 2. *n.* 8. Everhard. *in Topic. in loco, ab auctoritate. n.* 9. Mascard. *de probat. conclus.* 805. *n.* 1. & *seqq.* Menoch. *lib.* 4. *de præsumpt.* 99. *n.* 4. & 5. Grevæum *lib.* 2. *pract. conclus.* 128. *per tot.* à quibus & plures auctores alii citantur. Unde A. Faber hanc sententiam non modò communiter, ab Interpretibus probatam, sed etiam apud Pragmaticos passim receptissimam esse dicit, *in tract de Error. Pragm. dec.* 31. *error.* 10 (quamvis ipse ibidem dissentiat;) vid. & Modestin. *lib.* 1. *quæst.* 34.

13. Parum igitur sibi constant, qui cùm in eâ Quæstione rationem Juris Civilis & ἀκρίβειαν planè negligunt, in hac nostrâ Quæstione eam severè aut solicitè urgent.

14. Præterea, cùm & illud magno consensu apud Pragmaticos receptum sit, verba libelli non strictè aut rigidè, sed potiùs laxè & benignè interpretanda, atque etiam, ut loquuntur, impropriandа esse, si propriè accipi non possint, ut libellus salvetur: quod rationibus, authoritatibus, & exemplis multis probant ac declarant, Jason. *in l. sed etsi Possessori.* 11. §. *item, si juravero. n.* 15. & *multis seqq. ff. de jurejur.* & Zas. *in d. l.* & §. *n.* 9. & *seqq.* quibus addantur Mynsing. *cent.* 4. *Obs.* 5. Gail. *lib.* 1. *Obs.* 61. *n.* 16. & *Obs.* 66. *n.* 7. Obrechtus *in tractat. de concipiend. & formand libell. c.* 18. *n.* 5. & 6 Quomodò jacturâ litis mulctare possunt eum, qui hereditatem jacenrem appellavit, qui adversus hereditatem, ut jacentem egit, quæ hæredem non habeat realiter, & cum effectu; imò, ne quidem propriè, ut Gail. loquitur, *d. Obs.* 128. *n.* 4. & 5. cùm filium ante aditionem impropriè ? heredem esse dicit: propriè autem eum demùm, qui non tantùm nomine, sed etiam re & cum effectu heres est.

15. Con-

15. Concludendum itaque hac in Quæstione est: Causam nullam esse, cur in eâ incerti fluctuare, & *Casum pro Amico* statuere debeamus: sed potiùs in casu existentis sui heredis, qui deliberat, & nondum se immiscuit hereditati, hereditatem quasi jacentem, sive pro jacente habendam esse; & quasi jacenti Curatorem dari posse: & qui contra eam, ut jacentem, actiones intentaverit, non propterea causâ cadere. Denique supervacaneam, nec vel probatam satis, vel valdè subtilem esse distinctionem Ant. Fabri, quòd hoc casu curator non detur hereditati, sed bonis. *in tract. de error. pragmat. decad. 3. err. 2. & in Cod. Fabriano, lib. 6. tit. 12. defin. 15.*

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES. IV.

An, si quis in libello dicat, proprietatem alicujus loci ad se spectare, vel se proprietarium esse, & posteà in processu probet tantùm, quod sit Emphyteuta vel Vasallus, debeat succumbere?

1.

Quæ sub finem cap. præcedentis diximus, de verbis libelli benignè & latè, atque etiam, si necesse sit, impropriè accipiendis, ut libellus sustineatur; occasionem nobis præbent, ad hanc, quam modò proposuimus Quæstionem, statim subjiciendam: ut quæ ex eadem doctrina ut ejus species seu exemplum, decidenda est: vel certè, ut Jasoni visum est, ab eadem sive ut exceptio, sive ut diversa & disparata excipienda.

2. De hac autem Quæstione inter alia sic scribit Jason. *in l. naturaliter. 12. §. nihil commune. 1. ff. de A. vel A. P. n. 16. 17. & 18.* Adduco in medium illud, quod singulariter decidit Baldus, nec alibi legi, " *in l. 2. supr. ff. d. condit. instit.* Quod si aliquis in libello diceret, pro " prietatem talis loci ad se spectare, vel se esse proprietarium, & postea " in processu probaret de utili dominio, puta, quòd esset Emphyteuta, " vel Vasallus, deberet succumbere: quòd non est reperire, nisi pro " prietatem directam. *l. si tibi proprietas. 4. ff. de usufruct. accrescend.* secus, si dixisset se dominum: quia dominium benè potest intelligi de "

utili

" utili dominio, [secundùm Bartolum *in l. sed etsi Possessori* §. *item*
" *si juravero* per illum textum sup. *de jurejur.* & ita limita ibi dicta
" per eum.] Adde quod alibi contrarium tenet Dn. Alexander, nullam
" faciens de Baldo mentionem.] *in l. si finita.* 15. §. *si de vectigalibus*,
" 26. *in* 2. *columna. sup. de damn. infect.* ubi tenet, quod si Emphyteuta
" vel alius habens utile dominium, peteret in libello, declarari se pro-
" prietarium, vel proprietatem ad se spectare, & ex narratis in libello,
" appareret, quod ageret, ut Emphyteuta, sustineretur libellus, & im-
" propriarentur verba libelli: trahendo ea ad utile dominium; cùm
" videamus, quòd proprietas largè referatur etiam ad solam possessio-
" nem. *l. interdum.* 78. *infr. de V. S.* & *l.* 2. *C. de Probat.* Alibi idem Dn.
" Alexander, *in l si quis.* 12. §. *differentia. in ult. colum. supr. eod.* facit
" mentionem de decisione Baldi, *in d. l.* 2. *supra de condit. instit.* & dubi-
" tat, an sit vera, & dicit considerandum: quòd textus junctâ Glossâ
" *in d. l. interdum. inf. de V. S.* videtur accipere pro æquipollentibus,
" proprietatem & dominium, sed in libello latè accipitur dominium
" pro utili: ut sustineatur libellus. E. idem in proprietate. Tamen di-
" cit, quod magna est authoritas Baldi, ubi non habet contradictorem,
" & quod ejus decisionem alibi non reperies. Credo, quod hic passus
" sit valdè ambiguus, & si contingeret in practicâ, esset *Quæstio pro*
" *amico.* [Et nota, quòd si vera est illa decisio Baldi, ex ea habes
" magnam limitationem, ad ea, quæ latè dixi post Bartolum, pro su-
" stinendis libellis, *in d.* §. *item si juravero.* &c. Hactenus Jason.]

3 Idem autem in *l. sed etsi Possessori.* 11. §. *item si juravero. n.* 26.
& 27. *ff. de jurejur.* [Quò sese in loco supra proposito refert.] ita
" hac de Quæstione inter alia scribit. Non omitto unum, in quantum
" Bartolus & Dd. hic concludunt, quod si Emphyteuta dicat se esse do-
" minum, licet intelligatur de directo regulariter: appellatione tamen
" ad hoc, ut sustineatur libellus, intelligitur de utili. Invenio quod Bal-
" dus *in l.* 2. *ff. de condit. instit* singulariter limitat istam decisionem, ut
" procedat, quando Emphyteuta in libello dicit, se *Dominum* sim-
" pliciter: secus autem si diceret se proprietarium: tunc secundùm
" Baldum debet succumbere, quod non est reperire proprietatem, nisi
" directam, allegat. *l. si tibi proprietas. ff de usufruct. accrescendo.* Con-
" firmatur ista decisio per illud, quod dicit Baldus *in l. cum res.* 12. *in*
" *fin. C. de Probation.* (ubi etiam adducit *l.* 1. §. 1. *ff. si ager vectigalis* in

quo

quo tamen proprietatis verbum non habetur,) *& in l. pen.* C. *si à non compet. Judic.* ubi dicit, quod istud nomen proprietas est directum, & nunquam obliquatur, nec ponitur pro utili dominio, & ultra Baldum istud confirmatur ex Etymologia vocabuli. Proprietas enim est, res propriè tua: & nisi res sit propriè tua, non dicitur Proprietas. Ego puto, quod etiam isto casu sustineretur libellus. Quia ita est reperire proprietatem & quasi; sicut dominium & quasi; [Glossa est *in l. 2. §. quadam. 2. ff. de interdict.* quam reputat singularem Baldus *in c. 1. §. 1. de Investitura de re alien factâ.* & ibi Alvarottus notat illam Glossam.] Sed est textus ad literam *in cap. fin. de judic.* Ergo, si Emphyteuta dicat se Proprietarium, intelligitur largè. " " " " " " " " " " " " " "

4. Ex quibus duobus locis observatur. 1. Quod Jason, cùm prius sententiam Baldi reprobasset, *in d. l. 11. ff. de Jurejur.* postea *in d. l. 12. ff. de A. vel A. P.* eandem reprobare ausus non fuerit: sed C*asum pro Amico* esse dixerit. Id, quod tantò magis mirum videri debet: quia priori loco non citavit Alexandrum à Baldo dissentientem, & forsan etiam ignoravit: posteriore verò expressè citavit: Itaq; ex communi Dd. sententiâ, in priore illo loco Baldum sequi, posteriore verò potiùs ab eo discedere debuit. Nam ut in prolegomenis harum Quæstionum diximus; tradunt Dd. communiter; Quod in casibus nullâ lege expressim decisis, si vel unius Doctoris decisio in terminis reperiatur, quæ contradictorem non habeat, ea instar legis sit, & in judicando respondendoque sequenda. 2. *Notandum*: quòd ipsi quoque Alexandro hæc quæstio valdè dubia atque difficilis visa fuerit; ita, ut profiteretur se dubitare, an Baldi sententia vera sit: & considerandam eam relinqueret. 3. *Notandum*; Causam, propter quam hæc Quæstio tantæ difficultatis & ambiguitatis habeatur, & consideranda relinquatur ab Alexandro, C*asus pro amico* etiam statuatur à Jasone, non esse aliam Alexandro, quàm Baldi authoritatem: nec aliam Jasoni, quàm diversas opiniones Dd. vel potiùs solius Baldi affirmationem, & solius Alexandri negationem. 4. *Notandum*; Jasonem indicare quidem, quibus & ille, & hic rationibus sive fundamentis utantur: sed ipsas rationes atque fundamenta non examinare; nec judicium suum interponere, rectè ne, an malè in confirmationem adhibeatur. 5. *Notandum*; Rationes illas atque fundamenta, quibus & Baldus

H pro

pro affirmativâ, & Alexander pro negativâ sententia utitur, pariter nullius ponderis momentique esse.

5. Nam quod *ad l. si tibi proprietas 4. ff. de usufruct. accresc.* attinet, quâ solâ Baldus in *d. l 2. ff. de condit. instit.* utitur: In eâ quidem proprietatis vocabulum directum dominium, quod vocant, significat: indeque patet, id verbum de directo dominio intelligi posse; at, quòd nullus alius ejus verbi usus sit, & in specie, quòd eo ubique & semper directum dominium significetur; sive ut Baldus loquitur, quòd non sit reperire, nisi proprietatem directam: id ex eâ lege nullo modo probari potest: [Nisi quis forsan pro apodicticâ demonstratione habeat ratiocinationem hanc: Proprietatis vocabul. *in d. l. 4.* significat directum dominium: E. nunquam & nusquam aliter, quàm pro directo dominio ea vox acccipitur.]

6. Nec meliora sunt, quæ alibi hanc in sententiam adfert idem Baldus: veluti, quod *in l. cum res. 12. in fin. C. de Probat.* adducit *l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal.* in quà tamen ipsa vox proprietatis, aut proprii, prorsus non extat, *& quod in l. penult. C. si à non compet. Jud. judic.* ideò vocabulum proprietatis tantùm esse directum, dicit; Quia proprium dicatur, quod est meum, & non alterius. In quo certè nulla consequentiæ ratio est: Quicquid enim meum est, id eâ ratione, quâ meum est, non est alterius: sive sit proprietas vel directum dominium, sive dominium utile: sicut non tantùm res corporales dicuntur meæ, aut nostræ, sed etiam res incorporales, veluti ususfructus *in l. 10. ff. usufrct. quemadm. cav. l. si cùm argentum. 21. § si fundum. 3. ff. de except. rei judic.* imò, & ferè quævis res aliæ; ut cum filios, fratres, discipulos, amicos nostros appellamus.

7. Sicut & nihilò melius est, quod pro Baldo Jason ex Etymologiâ desumit argumentum, *in l. 11. §. item si juravero. ff. de Jurejur.* quod scilicet proprietas dicatur, quasi propriè tua. Nam primum, ipsum illud etymon manifestè falsum est, cum illud *tas* tantùm sit productio nominis simplicis, & non pars altera nominis compositi, quasi ex *proprio & tuus*, combinatum esset, adeoque emphasin ac significationem singularem præcipuæ alicujus proprietatis, atque dominii, haberet. Deindè, in ipsâ quoque voce *propriè*, principium petitur; & probandum prius erat, tam strictam significationem eidem necessariò inesse.

8. Pari

8. Pari facilitate refutari etiam rejicique possunt, quæ pro Alexandri sententiâ ab eodem, & Jasone adducuntur Nam quod Alexander ait, proprietatis vocabulo aliquando etiam solam possessionem significari; *in l. interdum. 78. ff. de V. S. & in l. 2. C. de Probat.* ac propterea multò magis de utili dominio accipi posse; Id ex dictis legibus nullo modo probatur. Ipsa autem constructio Grammatica & observatio casuum evincit, *in d. l.* 78. non proprietatis verbo possessionem, sed possessionis verbo, proprietatem aliquandò significari: Ait enim Lex: *Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat.* Quòd Alexander malé accipit pro eo ac si dictum esset, *Interdum proprietas quoque possessionem significat*; sive, *interdum proprietatis quoque verbum, possessionem significat.* Quòd si quis instet, Alexandrum non sensum hunc Grammaticum *d. l.* urgere, sed dialecticè pronunciatum illud Legis, per simplicem conversionem, quæ in particularibus affirmativis locum habet, assumere: ei respondebitur, quòd, hìc non tantum transformentur, sed & mutentur termini, per diversam compositionem & divisionem; adeoque hoc non sit convertere pronunciatum, sed argumentari, & aliud ex alio, eoque non æquipollente inferri, si dicatur: *Possessionis verbum, interdum significat proprietatem. Ergò etiam proprietatis verbum, interdum significat possessionem.* Conversio autem pronunciati talis erit, si dicatur, Possessionis verbum interdum significat proprietatem. Ergò, interdum id, quod proprietatem significat, est possessionis verbum, vel, quædam possessio significat proprietatem. Ergò, quoddam, quo proprietas significatur, est possessio.

9. In *d.* verò *l. 2. C. de Probat.* verbum proprietatis omninò non extat; sed tantùm verbum Possessionum; quod ibi pro ipsis rebus possessis, sive prædiis accipitur: ut & *in l. si de vi. 37. ff. de Judic. l.* 11. C. *de omni agro deserto. l 2. in f.* C. *ubi in rem act. l.* 1. C. *de colonis Palæstinis. l. ult.* C. *de postlimin. reverf.*

10. [Quòd deinde Alexander ait, Glossam *in d. l. 78. de V. S.* pro æquipollentibus videri accipere, proprietatem & dominium: id & per se incertum est: nec ex verbis Glossæ evinci potest: & si maximè posset, probandum tamen adhuc esset, rectène, an malè Glossa sic statueret. Nam vehementer adhuc inter Dd. controver-

titur, An dominium idem sit, quod proprietas: ut videre est apud Joh. Parladorium *lib. 1. rer. quotidian. cap. 4. per tot.* Gregorium Lopezium, *in lib. singul. animadver. Jur. cap. 26. per tot.* & potissimùm apud Johann. de Castillo, *in tractat. de Usufruct. cap. 75. per tot.* Ut nihil nunc dicamus de eo, quod per ingentem principii petitionem præsupponitur tanquam certum, quod omninò incertum est: nimirum, Dominii vocabulum generale esse, & dividi in dominium directum, & utile. Id enim, licet communiter receptum, nullum tamen in Jure nostro fundamentum habet.: ut docuit Clariss. Antecessor noster, *in quæst. illustrib. ad lib. 2.* I. *qu. 1. & in* C. *l. A. lib. 41. tit. 1. th. 3. & 4.*

11. Deniquè, quod Jason, *in d. l. 11. §. item si juravero, n. 27.* auctoritate Glossæ & Juris Canonici, confirmare notatur, aliam esse proprietatem directam sive veram, aliam quasi proprietatem: ei responderi potest: Nequaquam ex istis authoribus de verâ & genuinâ verborum significatione judicandum, ut quibus sermo Juris Civilis Populi Romani fuerit incognitus, ut Cujac. inquit, *in lib. 22. obs. 16. & in* Paulo *lib. 11. ad Edict. in l. 23. ff. de Minor.* ac proindè testimonium illud, non satis magnæ authoritatis esse.]

12. Ex quibus omnibus intelligimus, neutram sententiam solidis rationibus atque fundamentis ab authoribus & approbatoribus suis stabiliri.

13. Nec tamen opus est, ut circa decisionem hujus. Quæstionis, modò hanc, modò illam in partem abripiamur, & *casum pro amico* statuamus.

14. Nam, aut πρὸς τὸ πρᾶγμα καὶ τὴν ἀλήθειαν, respondendum est, secundùm ipsum nostrum Jus Civile aut πρὸς τὰ ἱερωτῶντα, sive τὸν ἄνθρωπον, secundum hypotheses Interpretum atque Pragmaticorum.

15. Priore casu affirmativa sententia haud dubiè verissima est: Eum, qui proprietatem rei ad se pertinere, seque proprietarium declarari petierit, cùm tantùm Emphyteuta, aut Vasallus esset; libellum ineptum proponere, si id in libello exprimat: aut certè intentionem suam non probare, si proprietate ad probandum proposita, ipse Emphyteusin aut Feudum probaret: cum omnibus Juris nostri locis perspectis, nullus appareat, in quo proprietatis vocabulum,

lum, cum de dominio aut jure, quod in rebus corporalibus, quorum commercium est, quæritur, de alio, quàm directo (quod vocant) dominio, accipiatur.

16. Posteriore verò casu, causa nulla est, cur non secundùm sententiam negativam respondendum judicandumque sit. Recepta enim apud hos sententia est, pro salvando libello, verba ejusdem largè, atque etiam impropriè, si opus sit, accipienda esse. Atque verbum *proprietatis* in larga atque impropria significatione, etiam Jus emphyteusis & feudi, & alia ejusmodi jura incorporalia, sub ambitu suo continere, ut negent, rationem nullam habent idoneam: cum *dominii* verbo, sine ullo Juris fundamento solido, imò, Jure nostro planè repugnante, tantam amplitudinem assignaverint, ut id in directum & utile, quasi unanimi consensu dividi statuant. Quam amplitudinem longè faciliùs admiserit ipsum nomen *Proprietatis*: tùm ex vulgi, tùm ex ipsorum quoque Juris nostri auctorum usu: quibus proprii, & Proprietatis nomen, non semper dominii cogitationem importat. Nam & liberti dicuntur proprii, *in l.* 13. § 1. *ff. de oper. libert.* 3. C. *de hered. instit.* cùm tamen liberti ipsi, ut homines liberi, in nullius dominio esse possint. Sic fœneratores proprii, & navis propria. *l. fænerator.* 6. *ff. de Naut. fæn.* propria Lex. *l.* 21 §. *fin ff. ad Municipal.* propria causa. l. 1. §. 11 *quand appelland.* venditor proprius. *l.* 10. *ff. de Act. Empt.* Ususfructus proprius. *l.* 10. *ff. de usufructuar. quemad. cav.* & hujus generis alia, quæ videri possunt apud Brisson. *lib.* 14. *de V. S.* Sicut etiam proprietas operarum officialium, *l.* 9. §. 1. *ff. de oper. libert.* & proprietas redituum. *l.* 14. §. *ult.* C. *de SS. Eccles.* nisi forsan hoc ultimo in loco dominium sive proprietas fructuum perceptorum intelligenda est.

17. Denique, ut proprietas alia sit vera, alia quasi, tantis am Authoribus receptum stabilitumque est quantis pragmatici isti impares sunt, nec opponere sese solent: nimirum auctoritate Glossæ Juris Civilis, *in l.* 2. §. *quædam.* 2. *de interdict.* & Juris Canonici, *in c. fin. Extr. de Judic.* Ipse enim Baldus, qui contrariam sententiam hic tuetur, in capite proximè præcedente professus est, Glossæ auctoritatem omnes alias authoritates superare. Idque tantò magis, quod & aliàs in genere, verba non ex sua natura, sed ex hominum instituto, sive impositione, significationem habeant,

ut Aristoteles docet, & perindè, ut nummorum valor, crescant ac decrescant, nascantur & intereant, ut Plutarchus *in lib. de Pythia oraculis*, insinuat: adeoque arbitrium, & Jus, & norma loquendi penes ipsum sit, ut Horat. *in libr. de arte Poëtica* monet, & verò circa Juris vocabula, frequens sit ejus verborum significationis mutatio; ut exemplo verbi, Consanguineorum, & verbi, Nepotis, & verbi, Testamentarii, & verbi Solennitatis, ostendimus *in tract. de Codicill. & clausf. Codicillar.* quibus addi possunt etiam exemplum verbi, Procuratoris, & verbi, Dominii, quomodo diximus.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES. V.

An, si communio duraverit annos triginta, possit unus sociorum, altero vel aliis invitis, ad divisionem provocare? sive, An actio familiæ ercifcundæ, & actio communi dividundo, quatenus ad divisionem rerum communiter possessarum tendunt, post triginta annorum lapsum, sive tricenariam communionem, adbuc competant?

I.

QUæstionem hanc inter *Casus pro Amico* nominatim refert Zasius, *in §. Quadam actiones mixtam, 20. Inst. de action. n. 11. bis verbis*: Quæras ergò, quid, si duo coheredes per triginta annos " in communione stetère, ita, quòd non diviserunt, an nihilominùs post triginta annos, possint dividere, & à communione recedere: vel, an cogantur in communione esse innexi & colligati, " Quid diceretis vos? Nodus hic est implicitus, & esset *quæstio pro* " *amico*, quia utraque pars videretur defendi posse. &c. Deinde, post-

postquàm diversas diversorum, imò etiam eorundem. [Nam Baldus sibi contrarius: & Jason vacillat.] Dd. sententias, atque etiam rationes & fundamenta in utramque partem adduxisset: & pro sententia affirmativa conclusisset; subjicit tandem, sub fin. *num.* 13. Hæc quæstio posset esse circularis, vel in repetitionibus tractari " egregiè & cum laude. "

2. Pro sententiâ Negativa potissimum, vel potiùs unicè militat textus, *in l.* 1. §. 1. C. *de Annal. except.* ubi Justinianus non tantùm in genere omnes actiones personales, triginta annorum spatiis concludi jubet: sed etiam nominatim, & in specie de familiæ ercifcundæ & communi dividundo actionibus edicit; ut nemo audeat, earum vitam longiorem esse, triginta annis, interpretari: sed ex quo ab initio competierunt, & semel natæ sunt, intra memoratum tempus finiri vult.

3. Ex Affirmante verò parte præcipuè stant, textus *in l. ult.* *Cod. Comm. divid.* quòd in communione vel societate, nemo compellatur invitus detineri. & *in l. in hoc judicium.* 14. §. *si conveniat.* 2. *ff. d. t.* Quòd si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas omnino vires habere, manifestissimum sit. & *in l. Nulla.* 70. *ff. pro Socio.* quod nulla societatis in æternum coitio sit. Ex quibus duabus legibus posterioribus facilè est colligere: si Lex ipsam hominum conventionem de communione perpetua improbat, non ipsâ lege, eam perpetuitatem, ob solum temporis lapsum, induci; quæ tamen induceretur, si propter triginta annorum decursum, quibus communio duraverit, non liceret divisionem petere; sed in communione permanendum esset: [sive, si actioni familiæ ercifcundæ & communi dividundo, quatenus ad solvendam communionem agitur, triginta annis præscriberetur.] Denique textus *in l. cùm Pater.* 77. §. *dulcissimis.* 20. *ff. de legat.* 2. quòd discordias materia communis soleat excitare. Atqui, discordiis tollendis, non augendis, præscriptiones actionum perinde, ut usucapiones rerum, introductas esse constat.

4. Ad textum autem *d. l.* 1. §. 1. C. *de annal. Except.* qui contrariæ sententiæ fundamentum est, responderi potest, intelligendum eum esse, de terminis habilibus: puta, de præstationibus personalibus,

libus, quarum petitio triginta annis intermissa, denegetur: vel etiam de ipsa divisione rerum, si actor tanto tempore caruerit possessione; & solus reus possederit.

5. Sanè, donec stamus in possessione, & possidemus simul, unus recognoscet alterum in socium, eoque præscriptio currere non potest: cùm singulis pro indiviso possidentibus, fieri non possit, ut alter alterius partem usucapiat. Quinimò, nec eo respectu, quo ex quasi contractu hæ actiones esse dicuntur, tricennalis præscriptio eis obstare potest: nisi ratione earum personalium præstationum, quæ ante 30. annos deberi cœperunt. Quoniam in communione rerum est quidem quasi Contractus continuus: & singulis quodammodò momentis actio nasci videtur: quoniam sæpiùs percipiuntur fructus, sæpius culpa socii intervenire potest: ex quibus hic quasi contractus constituitur, & nascitur actio in personam.

6. Qua de re plura videri possunt, tùm apud Dd. communiter, inprimis verò, apud Jasonem, Zasium, & Schneidew. *ad d. §. quadàm actiones mixtam.* 20. *l. de Action.* ut & apud eundem Zasium, *in parat. ff. famil. ercisc. n.* 4. & 5. tùm apud Bachov. *in not. & animadv. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 19. *th.* 8. *sub. lit. A. & B.* ubi affirmativa sententia & rationibus idoneis confirmatur, & *communis* esse, ostenditur: ut ita causa nulla sit, cur hac in Quæstione *casum pro amico* statuamus, in qua & JCtus salvâ conscientiâ, modo in affirmativam, modò in negativam sententiam consulere, sive respondere possit, prout expedire sibi putaverit: & Judici liceat modò secundùm hanc, modò secundùm illam partem pronunciare, prout hanc aut illam amicus ejus, cui gratificari ipse velit, teneat. Idque tanto minus, quia inter ipsos Dd. quasi recepta quædam sententia est: Ea, quæ meræ facultatis sive liberi arbitrii sunt, nulla præscriptione impediri aut tolli posse; ut videre est apud Cravett. *in tract. de antiq. temp. in quartâ parte, quinta partis principalis. qu.* 1. *per tot.* Anton. Gabrielium, *in Commun. Conclus. sub tit. de præscription. Conclus.* 10. 11. & 12. *per tot.* in quorum numero etiam esse Jus provocandi ad divisionem rerum simul possessarum, non potuit dubitari magis, quàm de aliis, quæ communi consensu inter res meræ facultatis referunt. [Quo etiam argumento Zasius inter alia

alia *dd. locis*, utitur, & inter exempla eorum, quæ liberi arbitrii sunt, etiam expressè refert idem Gabrielius *d. conclus. 12. n. 3*]

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES VI.

An jure adivisse & acquisivisse hereditatem dicendus sit, qui professus est, se aliquid fecisse ut heredem: nec tamen declaravit, se scire aut scivisse, quod is, cujus hereditatem adiit, sit mortuus?

1

IN adeunda atque acquirendâ hereditate, requiri, ut & reverà mortuus sit is, cujus hereditatem adire volumus, & mortuus esse sciatur ab eo, qui ejus hereditatem adire aut bonorum possessionem petere vult, pluribus Juris nostri locis inculcatur: velùti in *l. qui hereditatem. 19. ff. de acq. vel amitt. hered.* Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, cer" tus esse debet, defunctum esse testatorem. *& in l. heres. 32. pr.* " *d. t.* Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis " jam defunctus sit, adire hereditatem non potest. *& in l. 4. C. de* " *postlim. reverʃ.* Nec nos præteriit, hereditatem ejus, quam " *incognitum erat*, ab hostibus interfectam, an captam esse, à fi" lio adiri non potuisse: quoniam eorum bona, qui in hostium " potestatem rediguntur, eo demum tempore, successionis jure " acquiri possunt, cùm captos, apud hostes mortuos esse, *cognoscitur*. " Nec super facultatibus ejus, cujus *incerta vita*, ac for" tuna fuit, transigi vel judicari potuit. Undè, posteaquàm apud " hostes materteram vestram, fati munus implesse *innotuit*, *tunc* "

I vobis

" vobis licentia permittitur, agnoscendæ per bonorum posses-
" sionem, successionis. [Non officientibus enim his, quæ per-
" peram gesta sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis
" compendium ad vos pertinet.] Et *in § ult. I. de hered.*
" *qual. & differ.* dummodò sciat, Eum, in cujus bonis pro he-
" rede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei heredem
" esse.

2. Idemque etiam Juris esse in hereditate repudiandâ, & amittendâ, traditur *in l. is qui heres.* 13. §. 1. *ff. de acq. vel omitt.* ,, *hered.* Si quis dubitet, vivat testator, nec ne, repudiando ,, nihil agit. Eadem enim repudiationis, quæ aditionis conditio est, & contra *l. is potest.* 8. *l. si quis extraneus*, 21, § *sed ita.* 2. *d. t.* Ratio hujus Juris est: quòd non solùm nulla hereditas, heresque nullus, hominis viventis esse possit. *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend. l.* 1. *ff. pro hered.* ut meritò post Labeonem, Pomponius, *in* " *l. neminem.* 27. *de A. vel O. H.* tradiderit: Neminem pro here-" de gerere posse vivo eo, cujus in bonis gerendum est. Sed etiam in adeunda repudiandâve hereditate, certus esse de jure suo, debeat, qui eam adire, aut repudiare, adeoque acquirere aut omittere vult. *l. nec is* 17. *in pr. l. in repudianda.* 23. *d. A. vel O. H* Nam, in totum omnia, quæ animi destinatione agenda sunt, (in quorum numero etiam est hereditatis aditio *l. pro herede* 20. *in pr. l. gerit.* 88. *d t. l. si avia.* 6. *C. de Jur. deliber.* §. *ult. I. de her. qual. & differ.*) non, nisi verâ & certâ scientia perfici possunt. *l. in totum.* 76. *de R. I.*

3. Cæterum, cùm casus benè multi existere possint, in quibus dubitatur, an is, de cujus hereditate acquirendâ agitur, reverà mortuus sit, nec ne: varii modi atque, argumenta à Dd. traduntur, quibus mors alicujus probatur: ut videre est cumprimis apud Joseph. Mascard *in tract. de probat. conclus.* 1075. *& tribus seqq.* Robertum Marantam, *in repetit. l. is potest.* 18. *de acquir. hered. num.* 155. *& multis seqq.* & Jacob. Menoch. *in remed.* 4. *adipiscendæ possessionis. num.* 671. *seqq. & in tract. de præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 49. *n.* 20. *& seqq. maximè num.* 29. ubi & casum proponit: Si contingat, aliquem diu abesse, & igno-

rari,

rari, an vivat, vel non: & petat agnatus ejus successionem, asserens, illum præsumi decessisse, uxor verò absentis dicat se conservari debere in possessione bonorum mariti, donec revertatur; nùm vivere adhuc præsumatur.

4. Etsi verò ibidem, post Hieron. Cagnolum, *in l. si emancipati, 9. num. 92. in fin. C. de Collat.* decidit. In Judicis potestate atque arbitrio eam quæstionem esse: ut facti circumstantiis, præsumptionibusque adductis, diligenter perpensis, æstimet, an mors satis, aut non satis probata sit; Ex eo tamen inferendum non est, Judicem propterea gratificari amico, ac in ejus favorem sententiam dicere posse: adeoque omnes tales casus pro amico esse. Alioquin nihil non erit, in quo non affectui indulgere & amico gratificari possit judex; cùm regulariter omnis facti quæstio, cujusmodi etiam est, (an quis mortuus sit, nec ne?) in arbitrio judicantis sit, *l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad Municip. l. 1. §. 4. ff. ad SC. Turpill.* ex facto autem jus oritur. *l. si ex plagis. 52. § in clivo. 2. ff. ad L. Aquil. l. 1. §. divus. 3. ff. ad L. Cornel. de Sicar. l. si non expedierit. 6. §. 2. ff. de reb. auth. jud. poss.* Intelligitur enim utique non plenum arbitrium, & mera voluntas: sed arbitrium boni Viri: quæ in Jure opponuntur. *l. fideicommissa. 11. §. quanquam autem fideicommissum. 7. de legat. 3. L. si sic legatum. 75. pr. de Legat.* 1. ut, quid verisimilius & æquius, non, quid sibi & amico gratius sit, spectet, & causa cognita decernat: quod notavit etiam, & legibus compluribus confirmavit Idem, quem supra laudavimus, Nicol. Vigelius, *in ration. legend. Juris Controv. sub reg. 2. except. 2.* Boni enim & innocentis viri officio Judicem fungi oportet. *l. cætera. 4. §. 1. ff. fam. ercisc.* Undè etiam Judicem virum bonum interpretatur Venuleius. *in l. continuus. 137. §. cum ita. 2. ff. de V. O.* magis est, inquit, ut totam eam rem ad Judicem, id est, ad virum bonum remittamus.

5. Ac propterea tantò minùs probandum est, quod Jason. *in d. l. qui hereditatem. 19. ff. de A. vel O. H. sub num. 11.* in casu longè minùs dubitabili, circa hanc materiam, quæstionem pro amico statuit, quando scilicet heres professus est, se aliquid fecisse, tanquam heredem, nec tamen declaravit, se scivis-

I 2 se,

se, testatorem esse mortuum: an aditio habenda sit pro justa & valida?

6. Causam tantæ dubitationis & ambiguitatis, Jason, non dicit aliam, quàm auctoritatem Bartoli, eamque incertam & dubiam.

7. In partem enim negantem, ut aditionem illam invalidam statuat, movetur eo, quòd in lecturis Bartoli, *ad d. t. de acquir. vel. omitt. hered.* hodiè legitur ejusdem *commentatio ad l.* 19. *d. t.* ubi scribit, & menti tenendum monet, quòd si quis in processu non proposuerit, & deduxerit, se scire vel scivisse; mortuum esse eum, cujus hereditatem petit: etiamsi proposuerit, mortuum illum esse, & se heredem esse, ac pro herede gessisse: processus non valeat, eò quòd non possit se pro herede gerere, nisi, qui sciat, eum esse mortuum, in cujus bonis se pro herede gerere vult. Eamque sententiam Bartoli, ut in interpretatione *d. l.* traditam, refert & sequitur Raphaël Cumensis, ac cautos nos esse debere in articulando monet.

8. In affirmativam verò sententiam, ut aditionem eam justam validamque statuat, movetur eo, quòd in lecturis manuscriptis Bartoli, illa Commentatio *ad d. l.* 19. non habeatur, nec etiam à Johann. de Imolâ, Alexandro, & Aretino, ulla ejus fiat mentio: sed etiam ipse Bartolus *ad praced. l.* 18. *d. t. num.* 16. scribat: Si heres dixerit, se aliquid facere ut heredem, videri eum confessum esse, quod sciverit, mortuum esse eum, cui heres esse vult.

9. Cavendum tamen iterum monet Jason: quòd Bartolus ibi loquatur, quantum ad damnum & præjudicium heredis confitentis: nos autem hîc loquamur, quoad favorem & commodum. Ac proindè incertus & fluctuans concludit: *Quoad validitatem aditionis, esse quæstionem pro amico, si casus in facto contingeret.*

10. Sed hoc est nodum in scirpo quærere: & trepidare, ubi nihil timendum est. Dicendum potiùs simpliciter; Cùm is, qui mortui alicujus hereditatem adit, non præsumatur de morte ejusdem dubitare; maximè, si eundem etiam mortuum esse dixerit,

ut

ut ex Bartolo proponitur: aditionem illam, pro justa validaque habendam esse, donec probetur, quòd eum mortuum esse, nescíverit, aut dubitaverit: nec libellum pro inepto habendum, quo is, qui hereditatem vel bonorum possessionem petit, non expressè posuerit, se scivisse, aut scire, eum, cujus hereditatem aut bonorum possessionem petit, mortuum esse.

11. Denique monendum hic obiter & illud est: Nostris moribus hoc observari, ut si diu absuerit is, de cujus hereditate agitur: atque ignoretur, mortuus ne sit, an vivat: admittantur ad ejus bona illi, ad quos ea, si reverà mortuus ille sit, qui abest, jure pertinent: verùm sub idoneâ cautione, de bonis illis restituendis, si ille vivus redierit. Ut annotatum est in C. I. A. *lib.* 29. *tit.* 2. *th.* 9. & in disputationibus Boceri, *Class.* 2. *disp.* 11. *thes.* 21.

12. Quamdiu autem abfuisse dicatur aliquis, ut proximis ejus ab intestato heredibus, sub cautione, bona permittantur; itidem in arbitrio prudentis & religiosi judicis est: qui diligenter & solicitè circumstantias omnes examinabit & perpendet: ne vel justo citùis concedendo possessionem bonorum, alios cognatos, quibus ea deferri possent, injuriâ excludat: vel denegando differendoque, defraudet eos, quibus ea jam tùm jure debebantur. Fieri autem facilè potest, ut inter moras illas, qui proximi sunt, moriantur, & bona illa vel in solidum, vel saltem pro parte, ad alios devolvantur, qui tùm proximiores aut æque proximi futuri sunt; liberis istorum exclusis, aut tantùm in partem admissis.

Quo facit §. 6. *I. de legitim. agnat. success.* & §. 7. *I. de hered. qua ab intest. def.* & *ipsa l.* 4 C. *de. postlim. revers.*

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES. VII.

An ex diuturnitate temporis, præsumatur intervenisse præsentia propinquorum, quæ requiritur in contractibus Mulierum, ex forma Statuti?

I.

PLurium locorum Statutis cautum est, ut actus à mulieribus gesti, non aliàs justi ratique sint, quàm, si solennitas quædam intervenerit, & nominatim quidem præsentia cognatorum, sive propinquorum: cujusmodi Statutum etiam est nostrâ in civitate: ut, si unà cum marito uxor, se, aut bona sua obligaverit, non aliter obligatio vires habeat, quàm si vel causâ cognitâ, coram Judice, vel in præsentia duorum ex proximis Cognatis mulieris, coram Notario facta sit, ut videre est in Statuto vom ungeerbten ausgehen. §. dieweil aber die Weiber.

2. Quid igitur Juris sit, si solennitatem eam intervenisse, sive formam eam observatam esse, non constet: an ex diuturnitate temporis eam intervenisse & observatam esse, præsumendum sit: quæritur? Et Jason ait: Esse *quæstionem pro amico*, si in facto contingat. *in l. qui in aliena. 6. pr. n. 35. ff. de A. vel O. H.* Idque non aliam ob causam, quàm quòd circa hanc quæstionem, Dd. alii ab aliis, imò, quidam etiam à seipsis dissentiant. Affirmativæ enim sententiæ adstipulari ait, Baldum, Angelum, Imolensem, Aretinum, & Alexandrum: Negativam autem defendere scribit, eundem Baldum & Alexandrum, atque etiam Raphaelem Çumanum, & Salicetum.

3. Et

3. Et est sanè hæc res intricatior, quàm ut certâ quâdam perpetuâque Regulâ definiri possit: ac propterea potius Judicis arbitrio relinquenda videatur, qui perpensis rei cujusque circumstantiis, æstimabit, an, & quando ex diuturnitate temporis, solennitatem atque observationem necessariam adhibitam esse, credendum sit, ut docet Menoch. *in tract. de arbitr. Jud. Quæst. & caus. cas.* 505. & prolixius *in tractatu de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 132. *num.* 27. & *seqq. usque ad finem capitis.* non tamen propterea *Casum pro amico* statuere convenit: cùm, ut in quæstione præcedente diximus, Judicis arbitrium non sit usquequaque liberum, plenum ac merum, sed officio boni viri adstrictum: ut sequatur, non quod sibi vel amico gratius, sed quod veritati & æquitati magis consentaneum est.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM

PRO AMICO

SPECIES IIX.

Quid Juris sit, si tàm Rei, quàm Actoris intentio æquè fundata reperiatur?

1.

Posse hic Judicem ex animi sui motu gratificari cui velit, adeoque *Casum pro amico* esse. scribit Tiraquell. *de Jure primigen. quæst.* 17. *opin.* 2. *num.* 5. [& ex eo refert Hilligerus *in notatis ad D. E. lib.* 24. *c.* 19. *sub. lit.* Q.]

2. At verò, rationem & præscriptum Juris si sequimur: dicendum est, sententiam eo casu secundùm actorem dari non posse, sed omninò absolvendum reum esse. Actore enim non probante, is qui convenitur, etiamsi nihil præstiterit, absolvendus est. *l.* 4. C. *de edend.* Atqui, cùm peræquè est fundata Rei intentio

tentio sive Exceptio, quâ actionem elidit, quàm ipsa intentio Actoris: perinde est, ac si actor nihil probasset. *arg. l. ubi pugnantia.* 188. *de R. I.* Probationis enim forma, pariterque etiam finis in eo consistit, ut Judici de re dubia & controversa fidem faciat, ut multis confirmatur in C. I. A. *lib. 22. tit. 3. th. 2. 8. & 12.* At fidem Judici nullàm facit probatio ea, quæ tàm fortiter repellitur, quam adducitur. Ergò illa probatio revera probatio non est: sed tantùm secundùm dici. Quomodo D. Augustinus inquit: Facilè est cuiquam videri respondisse, qui tacere noluerit. Et D. Luth: putant, id responsum esse, si librum conficiant, eique titulum faciant, *Responsio.* (Sie meinen / es sey geantwortet / wenn sie ein Buch machen / und schreiben darauf das Wörtlein / Antwort.) Atque hanc etiam Communem Dd sententiam esse, multis authoribus citatis, docet Hilliger, loco suprà nominato, eamque adversus Duarenum, Bronchorstium, & A. Fabrum defendit.

3. Quibus addi potest Pacius, *in l. 3. C. de Reb. Cred.* ita distinguens: Aut causa est æqualiter dubia, ita ut nulla ratio sit, cur Judex in alterutram partem magis inclinet: vel, quia nulla probatio illata est, vel, quia utraque pars æquè probavit: hoc casu judicandum est pro reo convento: aut causa est ita dubia, ut etiam præsumptio sit pro Reo; & multò magis pro eo judicari debet: aut deniq; præsumptio est pro Actore, propter imperfectam probationem ab eo factam: & confugere judex hoc casu debet, ad delationem Jurisjurandi. Quæ distinctio deprompta est ex *c. ult. §. sanè extra, de Jurejur.* Vide tamen etiam Cujac. *lib. 22. Obs. 28. & in recit. ad l. 3. C. de R. C.*

QVÆ.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM PRO AMICO

SPECIES. IX.

An mutato valore monetæ, solutio pensionis, aut sortis, facienda sit juxta valorem, quem moneta tempore Contractus habuit, an, quem habet tempore solutionis; cùm nihil de conventione Partium apparet?

I.

QVæstionem hanc inter *Casus pro Amico* disertè refert Jacobus Alemannus, in *palæstrâ Consultationum primâ*, *consult.* 8. *quæstione principali secunda, pag.* 714. Et est certè valdè difficilis, intricata, atque controversa: ut videre est apud Auctores eos, qui magno numero citantur ab Ernesto Cothmanno, *lib.* 1. *responsor.* 36. *num.* 91. & *seqq.* & *lib.* 4. *respons.* 50. Henr. Bocero, *cap.* 2. *de Jur. monetæ. num.* 150. & *seqq.* Ant. Fabr. *de variis nummarior. debitorum solutionib.* Friderico Martini, *de Censibus. c.* 5. *num.* 62. & *seqq.* Besoldo, *in tractat. de Mutuo. c.* 9: Berlichio, *in* 2, *part. Conclus. practicar. Conclus.* 36. *num.* 1. Tessaur. *decis.* 174. qui distinguit, inter creditum usurarium, & emptionem reditus. &c. Reinhardo Grevæo, *lib.* 2. *pract. Conclus.* 73. *in coronide.* & Osvvald Hilligero, *in notat. ad d. D. E. lib.* 16 *cap.* 9. *sub. lit. M.* & apud ipsum Cothmann. *d. loc.* nec non apud Alemannum *in d. Consult.* 8. prolixè hanc quæstionem in utramque partem tractantes.

2. Verum, licet ea in utramque partem rationes satis ponderosas, aut certè speciosas & plausibiles habeat: testatur tamen Mynsing. *cent.* 9. *obs.* 1. *num.* 4. præjudicio Cameræ Imperialis approbatam esse sententiam eam, quòd solutio fieri debeat, secundùm valorem, qui fuit tempore contractus sive obligationis.

Ac proindè hæc sententia in Respondendo (quatenus sc. de Jure recepto, non quatenus de Jure constituendo quæritur) & Judicando sequenda erit, quousque aliud Jus non fuerit constitutum aut receptum. Cùm enim sententia Imperialis, vim legis habeat. *l. ult.* C, *de LL.* Imperialis autem sententiæ authoritatem habeat, quod in judicio Cameræ Imperialis pronunciatum est: meritò secundum eum, qui se in ejusdem sententiâ fundat: quamvis illa aliàs Juris controversi sit, judicandum est, ait Vigelius, *in ration. legend. Jur. controv. sub Regul* 1, *Except.* 5. Ac proptereà etiam sic, regulam illam secutus, in quæstione propositâ decidit. *cent.* 1, *decis.* 2 & *cent.* 6, *decis.* 71. Eamque etiam decidendi rationem adducit Regnerus Sixtinus, *lib.* 2. *de Regal. c.* 7. *num.* 152. Et magnoperè urget Alemannus, *d. Consult.* 8. *sub ratione decid.* 14. *p.* 627. & *seqq.* [Berlich. *d. conclus.* 36. *num.* 5.] qui & plurium Curiarum atque Collegiorum similes res judicatas recensent. Quod & facit Anton, Tessaur. *decis.* 174. &. Alii alibi.

QUÆSTIONUM SIVE CASUUM

PRO AMICO

SPECIES X.

An Clausula Codicillaris, in casu postumi ignoranter præteriti, vim habere debeat, cùm testator non longo tempore post natum posthumum, supervixit?

I.

ABsolvendæ decadi Quæstionum sive *Casuum pro Amico*, visum fuit ultimo loco addere Quæstionem hanc, quam proposuimus: eò, quòd expedire eam possimus, remittendo ad locum ali-

alium, ubi eam plene persecuti sumus: adeoque decadem eam concludere.

2. Haberi autem Quæstionem hanc in censu earum, quas *pro Amico* vocant, significat non tantùm Fabius Turretus, *in tractat. de effect. & defect. Claus. Codicill. quæst.* 69. *n.* 1. 76. & 102. *in fine*, ubi eam non tantùm arduam atque dubiam, & de apicibus Juris nominat: sed etiam à se in circulis solitum fuisse proponi, per *utrum*, atque optimè in utramque partem defensatam, gloriatur: & denique etiam, post longam negativæ sententiæ defensionem, dubietatem tamen articuli stare, & eam compositione potiùs amicabili, quàm judiciali sententià terminandam esse, fatetur. Sed etiam Anton. Tessaurus *in decis. Pedemontan.* 141. *sub num.* 9 cùm difficultatem hujus Quæstionis, eam esse profiteretur, ut mediam viam in decidendâ eâ eligere conveniat. Id quod non nisi in casibus pro amico dictis, faciendum esse docet idem, *decis.* 89. *n.* 3.

3. Verùm, licet quoad Dd. opiniones & digladiationes, quæstio hæc satis anceps sit, nec facilè tutò affirmari possit, utra opinio sit communior: in tractatu tamen nostro de Codicill. Clausula Codicillari. *c.* 7. quasi apodicticè demonstratum esse putamus, Affirmativam sententiam Juri scripto prorsus consentaneam esse: Negativam verò ab eodem multis modis aberrare: Ac proindè non illam, sed hanc in judicando sequendam esse ei, qui non ex proprio arbitrio, merâque voluntate, sed ex Juris præscripto, ut debet, judicare velit.

Quæstionum sive Casuum pro Amico

FINIS.

DN. JOH. MELCHIORI BITSCHIO,

Pro

Consequendis in utroq; Jure

HONORIBUS DOCTORALIBUS,

SOLENNITER DISPUTANTI.



ES felix *Genitore* tuo, qui nomina laudis
Magna sibi peperit, perpetuumq; decus:
Sed felix potiùs, quando, ut vestigia *Patris*,
Omnia conando, ritè sequare, studes.

Gra-

Gratulor hos ausus, ut & hæres unicus ampli
Nominis es, nomen sic tueare, precor.

Amoris officiiq; testandi ergo scrib.

JOHANNES SCHMIDT SS. Th. D.
Prof. Ord. Conventus Eccl. Præses.
& h. t. Coll. Theol. Decan.

CUm Patre *qui nullum casum cognoscit Amici,*
Is Nobis, BITSCHI, verus Amicus erit.

Ita eximio DN. BITSCHIO
Candidato meritissimo
gratulatur

GREGORIUS BICCIUS, U. J.D.
Pandect. Prof. & Colleg. Jurid.
Decanus.

QUod mea Consulti, BITSCHI responsa sequutus,
In lucem profers, aurea Scripta Patris:
Vindiciasque simul, si quis contendere contra
Gestiat, ac forti pectore bella paras;
Carmine, quod poscis, nequeo: sed gutture toto
Dilaudo cœptum. Cætera si dederis.
Phœnicem dicet (redivivum in prole Parentem)
Una duos celebrans, *Gloria* BITSCIADAS,

Invita planè Minerva, adscr.

JOHANNES OTTO TABOR D.

Filius

FIlius haud equidem persolvere debita Patris:
Debet, delicti nec Reus esse sui;
Ni velit esse Heres, operis sese que paterni
Reddere participem. Nam sua quisque luat.
Filius es magni BITSCHI, doctissime BITSCHI!
Ceu Praeceptorem quem schola nostra colit.
Corporis illius non vis tantùm esse bonorum
Heres, utque decet, cuncta locare bene;
Verum etiam quondam peperit quae pignora mentis
Inclyta, nunc nobis posthuma habenda dare.
Heredem ergò facis Te nominis ipse paterni,
Solvere quod sumptum Te jubet arte bonum.
In bona defuncti succedere perge parentis,
Degener haud Gnatus, corporis atque animi.
Grandaevique senis legito vestigia membris:
Jurisconsultum mente bonâque refer.
Lege novâ nomen servare tenere paternum:
Heres dum studii discupis esse patris.

Scripſ. gratulabundus

JOH. Rebhan / Jurispr. D.
& Prof. Ord.

Am-

Amplissimo suo

BITSCHIO,

BITSCHI, qui teneris primùm mihi notus ab annis,
Inter præcipuæ nomina amicitiæ.
Nunc etiam coleris, candore fideque probatus,
Æmulus & Clari nomina docta Patris.
Hujus præclaros tua nunc pia cura labores
Asserit, & meritæ lucis honore beat:
Ominor hinc, similem famæ laudique paternæ,
Aucturam summo te quoque honore Thèmin.

Sic vovet

A. SCHIFFMANN.



